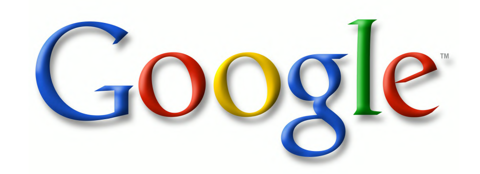
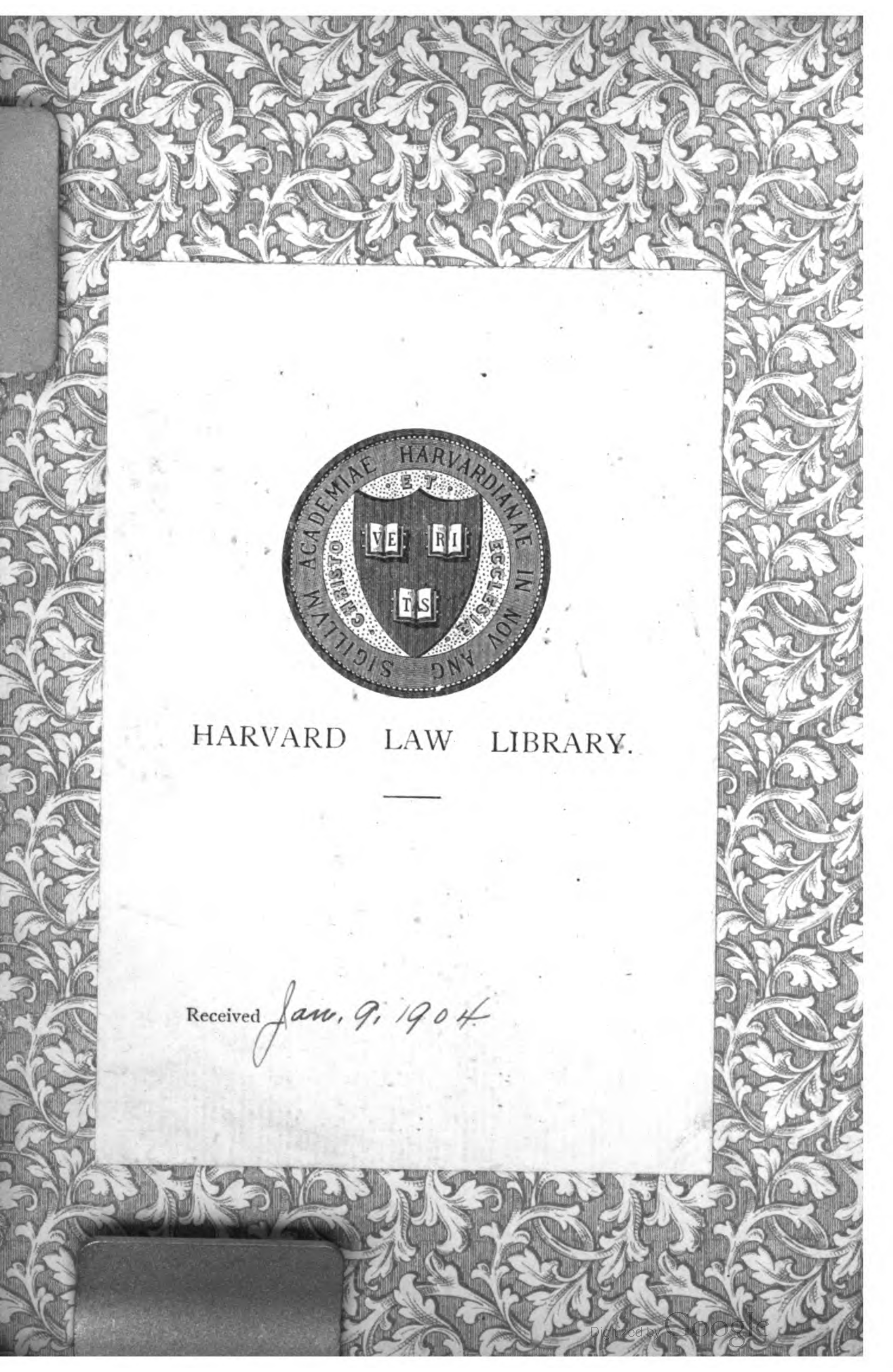



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS
HARVARD LAW LIBRARY.
Received Jan. 9, 1904



Beiträge

zur

Erläuterung des Deutschen Rechts,

in besonderer Beziehung auf das Preußische Recht

mit Einschluß

des Handels- und Wechselrechts.

Begründet von Dr. J. A. Gruchot.

Herausgegeben von

Rassow, Reichsgerichtsrath.

und

Küntzel, Geheimer Ober-Justizrath u. vortrag. Rath im Königl. preuß. Justizministerium.

Vierte Folge.

Dritter Jahrgang. — 1889.

(Der ganzen Reihe der Beiträge XXXIII. Jahrgang.)



Berlin, 1889.

Verlag von Franz Vahlen

W. Mohrenstraße 13/14.

Rec. Jan. 9, 1904.

Inhalts-Verzeichniß des XXXIII. Jahrganges.
(Vierte Folge III.)

Abhandlungen.

(Erstes Heft.)

Beiträge zur Erläuterung und Würdigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

(Zweites und drittes Heft.)

(Viertes und fünftes Heft.)

(Sechstes Heft.)

Aus der Praxis.

(Erstes bis sechstes Heft und Beilageheft.)

I. Allgemeines Landrecht.





II. Einzelne preußische Gesetze.

III. Reichsgesetze und deren Ausführungsgesetze.

IV. Civilprozeßordnung und Einführungsgesetz.

Literatur.

(Erstes Heft.)

(Zweites und drittes Heft.)



(Viertes und fünftes Heft.)

(Sechstes Heft.)

Sachregister zum XXXIII. Jahrgange.

(Vierte Folge III.)

A.

B.

G.

H.

J.

Abhandlungen.

1.

Zur Lehre vom Klaggrund.

Von Herrn Dr. Adolf Wach in Leipzig.

Es ist bisher nicht gelungen, über den Begriff des Klaggrundes eine Einigung zu erzielen. Die sich bekämpfenden Meinungen sind bekannt und sollen hier nicht von Neuem dargestellt werden. Auch liegt es nicht in meiner Absicht, die Streitfrage selbständiger Untersuchung zu unterwerfen. Ich werde alsbald an anderer Stelle — in dem zweiten Bande meines Handbuchs des deutschen Civilprozeßrechts — diesen Gegenstand eingehend zu besprechen haben. Nur das Eine möchte ich hier betonen. Man wird ein wissenschaftlich befriedigendes Resultat weder gewinnen auf dem Wege der sprachlichen, noch der historischen Interpretation, sondern nur derjenigen rationellen, welche die Klage und damit diesen Klagbestandtheil in ihren Zwecken, ihren Funktionen, Wirkungen innerhalb des Gesammtorganismus des Prozesses erfaßt. Diesen Weg, welcher ja wohl nicht ganz unbetreten geblieben ist, hat neuerdings R. Schmidt in seiner beachtenswerthen und förderndenArbeit über die Klagänderung, Leipzig 1888 S. 147 ff., verfolgt, indem er den Zusammenhang des Klaggrundbegriffs mit dem Verbot der Klagänderung und dem Rechtsschutzzweck, der Rechtskraft des Urtheils, in innigste Verbindung setzte. Aber zur völligen Klarheit und zu allseitig befriedigendem Ergebniß wird man nur gelangen, wenn man einsieht, daß die C.P.O. § 230 Abs. 2 Nr. 2 sowohl dem Ausdruck, wie dem Gedanken nach den unentbehrlichen Begriff des Klaggrundes nur ungenügend und ganz einseitig behandelt, daß wir aber dadurch nicht der Aufgabe überhoben werden, ihn dem Wesen des Civilprozesses und der Klage entsprechend zu entwickeln. Der von den Redaktoren der C.P.O. nicht erkannte, in meinem ersten Bande des

Handbuchs des deutschen Civilprozeßrechts vorerst nur angedeutete und in einigen Beziehungen verwerthete Begriff des Rechtsschutzanspruchs, — diesen Begriff gegen neuerliche Angriffe zu wahren, werde ich demnächst Gelegenheit nehmen, — im Gegensatz zum materiellen „Anspruch" und die Erkenntniß, daß letzterer keineswegs überall den Gegenstand der Klage bildet, so wie endlich die Einsicht, daß die für die Existenz der Klage wesentlichen Bestandtheile keineswegs als solche die unabänderlichen sind, und daß diese Wahrheit auch mit Beziehung auf die Klagbegründung in gewissen Grenzen gilt, enthält die Lösung des Problems. Jede Klage muß schlüssig begründet werden. Jede Klage macht einen Rechtsschutzanspruch geltend. Er findet seinen Ausdruck im Klagantrag; er wird begründet durch die Ausführung des Rechtes bezw. Rechtsverhältnisses, mit Beziehung auf welches der Schutz begehrt wird (res in iudicium deducenda), und des Schutzgrundes. Der letztere ist das berechtigte Rechtsschutzinteresse, der Thatbestand, aus welchem der Anspruch auf die geforderte Rechtsschutzhandlung folgt. Diese Bestandtheile der Klage sind schlechthin für ihren Begriff essentiell, mag sie nun eine sog. Leistungs- (Verurtheilungs-) oder eine Feststellungsklage, und als letztere eine positive (rechtsverfolgende) oder negative (rechtsabwehrende) Klage sein. Der Schutzgrund fällt bei der sog. Leistungs- (Verurtheilungs-) klage mit dem Bestande des unbedingten und unbetagten materiellen Anspruchs zusammen. Befriedigungsbedürftigkeit ist gleich Schutzbedürftigkeit. Doch giebt es Fälle, in denen der befriedigungsbedürftige (also pure existente) Anspruch doch nicht der in Form des Civilprozesses rechtsschutzberechtigte ist. Man denke an den Fall des Schiedsvertrags. Anders bei der Feststellungsklage; sie macht nicht das befriedigungsbedürftige Recht als solches geltend. Von einem gegenwärtigen materiellen „Anspruch" als Schutzgegenstand kann man hier nicht reden. Die Schutzbedürftigkeit liegt deutlich und unverkennbar außerhalb des subjektiven Rechtes (der res in iudicium deducenda), ist mit dem Bestande desselben an und für sich nicht gegeben. Das springt besonders in die Augen bei der negativen Feststellungsklage, welche nicht die Bewährung klägerischen Rechtes, sondern die Abwehr beklagtischer Rechtsanmaßung begründet. Daß aber das rechtliche Feststellungsinteresse, der Schutzgrund, in der Klage angegeben werden muß, beweist C.P.O. § 231. Ueberall also kann man von einer Klage nur dann reden, wenn ein Rechtsschutzanspruch nach Gegenstand und Schutzgrund geltend gemacht wird.

In diesen beiden Stücken: in dem anzuführenden Recht, auf welches sich der Rechtsschutzakt beziehen soll, und in dem Schutzgrunde hat jede Klage ihren **Klaggrund**. Sie ist als wesenlos bezw. unbegründet abzuweisen, wenn das eine oder andere Stück nicht einmal behauptet bezw. nicht bewiesen ist. Ein Versäumnißurtheil zu Gunsten des Klägers kann in diesem Falle nicht ergehen. Von diesem Klaggrund sprechen wir, wenn wir sagen: der Kläger hat den Klaggrund zu beweisen. Die in ihm eingeschlossenen Thatsachen sind es, von denen C.P.O. § 296 redet, wenn sie im Versäumnißfall das „thatsächliche mündliche Vorbringen" des Klägers als zugestanden behandelt.

Von diesem Klaggrund aber ist ein anderer und engerer Begriff des Klaggrundes zu unterscheiden: jener Begriff, der unklar den Redaktoren der C.P.O. § 230 Abs. 2 Nr. 2, § 240 verschwebte: der Klaggrund als der „Grund des Anspruchs". Das Nebeneinander der §§ 230 und 231 zeigt, daß man beim § 230 nur an die Leistungsklage dachte, also den befriedigungsbedürftigen Anspruch des Klägers im Auge hatte. Aber die Wissenschaft kann bei dieser engen und unrichtig gedachten Begrenzung nicht stehen bleiben. Sie muß verallgemeinernd feststellen, daß es sich um den Gegensatz des oben entwickelten Begriffs des Klaggrundes im Sinne der Begründung des Rechtsschutzanspruchs und des Klaggrundes im Sinne der Begründung des Schutzgegenstandes, des Rechts, auf welches sich der Schutzakt bezieht, handelt. Dieser Begriff des Klaggrundes kommt gleichmäßig zur Geltung bei der Leistungs- wie der Feststellungsklage. Er spielt die entscheidende Rolle bei der Frage nach der sog. Klagänderung (§ 240). Denn nur die Aenderung des Schutzgegenstandes, nicht des Schutzgrundes ist Klagänderung, daher denn auch — um nur dieses Eine hervorzuheben — der Uebergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage und umgekehrt keine Klagänderung darstellt.

Der literarische Streit ist bisher ohne Erkenntniß der verschiedenen Bedeutungen des „Klaggrundes", des engeren und weiteren Begriffs, geführt. Und auch das neueste dem „Klaggrund" gewidmete schriftstellerische Erzeugniß, die Abhandlung von **Staub** im 32. Jahrgang dieser Zeitschrift S. 554 ff., unterscheidet sie nicht. Zu ihr will ich im Folgenden abwehrende Stellung nehmen, ohne jedoch selbst das Problem einer selbständigen weiteren Untersuchung zu unterwerfen.

Staub glaubt den Meinungsstreit, welcher durch eine Ausführung in meinen Vorträgen über die Reichscivilprozeßordnung hervorgerufen worden ist und mit den Schlagworten „Individualisirung" und „Substanziirung" bezeichnet zu werden pflegt, durch eine von ihm für neu angesehene Definition des Klaggrundes schlichten zu können. Er wendet sich dabei in scharfer Polemik gegen meine Ansicht. Dieser Angriff trifft nicht, und die angeblich neue Theorie entbehrt der Originalität, wie der selbständigen Begründung. Sie ist eine Frucht von Mißverständnissen, welche nicht unaufgeklärt gelassen werden dürfen.

Die Begriffsbestimmung Staubs lautet: „der Grund des Anspruchs ist der den Anspruch erzeugende Thatbestand, insofern er nach den für ein bestimmtes Rechtsverhältniß geltenden Rechtsregeln hierzu geeignet ist". Das ist die übliche, aus der gemeinrechtlichen Doktrin überlieferte Begriffsbestimmung. Ob man sagt „Summe der rechtserzeugenden Thatsachen" oder der „spezifisch rechtserzeugenden Thatsachen", oder „Recht" oder „Anspruch erzeugender Thatbestand" ist gleichwerthig. Der Zusatz „insofern er nach den für ein Rechtsverhältniß geltenden Rechtsregeln hierzu geeignet ist" soll die rechtliche Individualität des Anspruch andeuten. Das ist nichts Anderes als das, was in dem „spezifisch", d. h. auf eine bestimmte Art von Rechtsverhältniß bezüglich, bezeichnet wird. Die Begriffsbestimmung Staubs ist zweifellos richtig, aber sie bringt uns keinen Schritt weiter und trifft die oben beregte Streitfrage überhaupt nicht. Denn die Meinungsverschiedenheit dreht sich darum, wie jener „Thatbestand" in der Klage bestimmt werden müsse, ob die „Individualisirung" genügend oder ob eine sog. Substanziirung erforderlich sei, ob mit anderen Worten die Angabe derjenigen Momente genüge, welche das Recht, die res in iudicium deducenda, als ein Konkretes darstellen, oder ob sie derart zu zergliedern seien, daß sie im Falle des Bestreitens zu Beweisthemata geeignet erscheinen oder, könnte man auch sagen, den Substanziirungsregeln des alten gemeinrechtlichen Prozesses genügen. Der wesentliche Differenzpunkt ist nicht der, daß die Anhänger der Individualisirungstheorie dem gegnerischen Begriffe des Klaggrundes die Eigenschaft eines solchen bestreiten, sondern daß sie in ihm für die Existenz des „Grundes des Anspruches" des § 230 Abs. 2 Nr. 2 und damit für die Existenz der Klage Unwesentliches finden zu müssen glauben, ihn also als zu eng beanstanden, während die Anhänger der Sustanziirungs-

theorie den nur individualisirten Anspruch als einen begründeten im Sinne der Prozeßordnung § 230 Abs. 2 Nr. 2 nicht gelten lassen wollen.

Aber Staub ist Anhänger der Individualisirungstheorie. Er führt aus, daß für die Begründung der Eigenthumsklage (d. h. rei vindicatio) die Behauptung genüge: „der Beklagte besitzt meinen Hund“ (S. 559). Vergißt er auch das „widerrechtlich“ hinzuzufügen, so fährt er doch fort „das ist der Thatbestand, der den Anspruch erzeugt und nach den für ein bestimmtes Rechtsverhältniß, nämlich das dingliche (!) Eigenthumsrecht, bestehenden Rechtsregeln hierzu geeignet ist“. Vom weiteren Verlauf des Prozesses, der Haltung des Beklagten, werde es abhängen, ob das Eigenthum zu beweisen und deshalb auf den Erwerbsgrund zurückzugehen sein werde. So darf ich Staub als einen neuen Bundesgenossen begrüßen. Um so befremdlicher erscheint es, wenn er seine Lehre als neu hinstellt und sie in scharfem Angriff gegen mich zu begründen sucht, nachdem er vorher kurz die Substanziirungstheorie abgewiesen hat. Dabei unterstellt er, daß ich das „Rechtsverhältniß“ losgelöst vom Thatbestand, als Abstraktum zum Klaggrunde erhebe und daß ich darunter bei der rei vindicatio nur das dingliche Recht an sich, nicht die durch seine Verletzung geschaffene rechtliche Beziehung zwischen Kläger und Beklagtem verstehe, dieses Verhältniß, dessen aktive Seite als dinglicher Anspruch bezeichnet wird. Nachdem er in dieser Weise sich ein Angriffsobjekt geschaffen, geht er von elementaren Prämissen aus gegen diese Lehre in leichtem Kampfe vor.

In meinen Vorträgen S. 18 habe ich den Begriff des Klaggrundes folgendermaßen bestimmt: „Klaggrund ist das spezielle rechtliche Verhältniß, aus welchem der Anspruch abfließt. Dieses Verhältniß selbst ist das ideelle Resultat der reellen, thatsächlichen Vorgänge, welche wir den Thatbestand des Rechtsverhältnisses nennen; es ist die juristische Qualifizirung des Thatbestandes. Wir geben daher ebenso sehr den Grund des Anspruchs, wenn wir das individuelle Rechtsverhältniß nennen, als wenn wir uns auf die Zergliederung des Thatbestandes einlassen.“ Meine Worte lassen, wie die zur Verdeutlichung hinzugefügten Beispiele keinen Zweifel darüber, daß ich in der Individualisirung des Rechts dessen Begründung im Sinne des § 230 Abs. 2 Nr. 2 und jene im rechtlich qualifizirten, erforderlichen Thatbestand finde,

daß ich ablehne die „Zergliederung" desselben, welche man Substanziirung nennt. So hob ich hervor: „die Eigenthumsklage begründe ich mit der Behauptung meines Eigenthums einer bestimmten Sache und des beklagtischen widerrechtlichen Besitzes"; die Anführung des Erwerbsgrundes verweise ich in die Substanziirung. Wie kommt nun Staub dazu, mir entgegenzuhalten, daß die Eigenthumsklage nicht mit der Berufung auf das Eigenthum begründet werde, daß vielmehr der Kläger diesen Anspruch erst habe, wenn sein Eigenthum verletzt sei. Was soll die weitere Bemerkung: noch weniger decke sich bei persönlichen Rechten „Rechtsverhältniß" und Grund des Anspruchs; „erzeugt werde der Anspruch und das Rechtsverhältniß in uno durch einen selbständigen Thatbestand, z. B. die Vertragsobligation durch das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft"? So wirft er mir ein (S. 564): „würde bei den persönlichen Rechten die „„Bezeichnung des Rechtsverhältnisses"" genügen, so würde zur Klage auf Instandsetzung der gemietheten Wohnung die Angabe genügen: zwischen mir und dem Beklagten besteht eine Miethsobligation." Und er rügt ausdrücklich als meinen Irrthum (S. 567), daß ich sage, bei obligatorischen Rechten sei nur das Rechtsverhältniß, nicht auch dessen Ursprung anzugeben. Wer hat das je behauptet? Wenn Staub mir es imputirt, so hätte ihn vor solchem groben Mißverständniß schon die Erwägung schützen sollen, daß die logische Handhabung der elementarsten Begriffe doch wohl bei seinem selbstgeschaffenen Gegner vorauszusetzen war. Die Thatsache, daß in dem bisher lebhaft und eingehend geführten Meinungsstreit niemals Aehnliches in meiner Ansicht gefunden worden ist, wie Staub es mir Schuld giebt, wahrt mich vor dem Vorwurf der auch nur mißverständlichen Ausdrucksweise. Man lese, was ich S. 16 ff. über die Klagbegründung und besonders über die persönliche Klage, die ich an der Kaufklage veranschauliche, gesagt habe. Dort heißt es u. A.: „so ist es denn eine Frage des Prozeßrechts, wie weit in der Klagschrift der Klaggrund in die thatsächlichen Elemente aufzulösen ist, — — ob für die Kaufklage die Bezugnahme auf ein individuelles Kaufgeschäft, verbunden mit der Behauptung, daß der Beklagte aus demselben Tausend schulde, ausreicht, oder ob es erforderlich ist, in den Thatbestand des Kaufgeschäfts selbst einzutreten." Und S. 19 in unmittelbarem Anschluß an das oben S. 5 angeführte Zitat: „Die causa petendi der Kaufsklage ist das Kaufgeschäft." Es folgt

das Beispiel einer durch das Kaufgeschäft individualisirten Kaufklage. „In obiger allgemeiner Weise ward die bonae fidei actio des römischen Formularprozesses individualisirt, ward die „„causa intentionis““ von den italienischen Juristen konzipirt und in den romanischen Quellen aufgefaßt.“ S. 21 ff. „Die Klage ist unzweifelhaft vorhanden, wenn ein bestimmt bezeichneter Anspruch zwischen bestimmten Personen erhoben wird. Die Erkennbarkeit der Individualität des Anspruchs ist bei der persönlichen Klage ebensowenig abhängig von der Zergliederung des klagbegründenden Rechtsgeschäfts in die faktischen Elemente, wie bei der dinglichen von der Darlegung des Erwerbsgrundes.“ Genug davon.

Wenn nun weiter sich Staub S. 566 gegen den Parallelismus des persönlichen oder dinglichen Rechts wendet, hier und dort dem „Rechtsverhältniß“ eine ganz verschiedene Stellung giebt, nämlich es bei der Obligation mit dem Anspruch gleichstellt, bei dem dinglichen Rechtsverhältniß als den einen Grund des Anspruchs bezeichnet, dessen zweiter in der Rechtsverletzung liege, so verkennt, wie schon oben angedeutet, dieser Schriftsteller gänzlich, daß das individualisirte „Rechtsverhältniß“, von dem ich bei der auf eine Leistung gerichteten dinglichen Klage spreche, gerade die persönliche rechtliche Beziehung des Berechtigten zum Beklagten ist, diese Beziehung, welche ihren Grund in dem widerrechtlichen Eingriff in das klägerische Recht hat, und deren aktive Seite der klägerische dingliche Anspruch ist. Daher durfte ich unter Gleichstellung von persönlicher und dinglicher Klage sagen: „wir geben ebenso sehr den Grund des Anspruchs, wenn wir das individuelle Rechtsverhältniß nennen, als wenn wir uns auf die Zergliederung des Thatbestandes einlassen“, und hinzufügen: „die Eigenthumsklage“ (d. i. der Anspruch des Eigenthümers auf Herausgabe der Sache) „begründe ich mit der Behauptung meines Eigenthums an bestimmter Sache und des beklagtischen widerrechtlichen Besitzes.“ Der ganze Gedankengang, welchen Staub in seiner Polemik gegen den Parallelismus zwischen dinglicher und persönlicher Klage entwickelt, deckt auf — daß er den Kernpunkt meiner Ansicht schlechterdings nicht verstanden hat. Das springt am deutlichsten in folgendem Satz (S. 568) in die Augen: „Wenn also Wach von der Voraussetzung ausgeht, daß bei persönlichen Rechten nur das Rechtsverhältniß benannt werde, und hieraus den Schluß zieht, daß ebenso bei dinglichen Rechten nur das Rechtsverhältniß zu benennen sei, so ist die Prämisse unrichtig, und damit

fällt auch der Schluß.“ Derartig zu schließen, ist mir selbstverständlich nie in den Sinn gekommen. Ich habe die essentiellen Erfordernisse der Klage erörtert und zwar mit spezieller Beziehung auf den Klaggrund; ich habe gefunden, daß nach dem Wesen der Klage solche vorhanden sein müsse, wenn ein individueller Anspruch zwischen bestimmten Personen erhoben ist; ich habe die die Identität des Streitgegenstandes bestimmenden Momente allein für wesentlich erklärt. Die Individualität des Anspruchs habe ich aber bei der dinglichen Klage ebenso unabhängig gefunden von der Anführung des Erwerbsgrundes des dinglichen Rechts, wie bei der persönlichen von der „Zergliederung des etwaigen klagbegründenden Rechtsgeschäfts in die faktischen Elemente“, die Einzelnheiten des Thatbestandes, die „Klagthatsachen“ in diesem Sinne. Hier genügt es zu sagen, ich habe dann und dann ein „Darlehn“ gegeben bestimmter Höhe, eine bestimmte Sache „verkauft“, dort ich bin „Eigenthümer“ der widerrechtlich vorenthaltenen Sache. Das alles ist ja nichts weiter, als die Anwendung der allbekannten verschiedenartigen Individualisirungskategorien bei den verschiedenen Arten der Rechtsverhältnisse.

Und nun noch Eines. Ein „Verdamnungsurtheil“ meiner Lehre nennt es Staub, daß ich die Frage nach der Zulässigkeit des Versäumnißurtheils gegen den Beklagten sondere von der Frage der wirksamen Klagenerhebung, daß ich für das Versäumnißurtheil des § 296 mehr als Individualisirung, nämlich Substanziirung fordere. Staub ruft aus: „Ein Grund des „„Anspruchs““, der diesen nicht schlüssig erscheinen läßt“! Aber sieht denn Staub gar nicht, daß diese Auffassung von der Individualisirungslehre unabhängig ist? Mich hat zu ihr allein bestimmt die Prämisse, daß das fingirte Geständniß sich nur auf Thatsachen im Gegensatz zur Rechtsbehauptung, z. B. der Eigenthumsbehauptung erstrecken könne. Würde er dieselbe Prämisse — deren Richtigkeit ich übrigens zur Zeit dahingestellt lassen will — annehmen, so käme auch er zum gleichen Schlusse. Also hat dieser Punkt mit dem Begriffe des Klaggrundes an und für sich nichts zu thun.

Staub hat das Problem des Klaggrundes in seiner Abhandlung nicht gefördert, wohl aber hat seine durch Mißverständnisse bestimmte Polemik den „Sach- und Streitstand“ wesentlich verdunkelt. Auf die Frage der positiven und negativen dinglichen Feststellungsklage ist er gar nicht eingegangen. Die oben angeführte Schrift von R. Schmidt ist ihm unbekannt geblieben.

An einer grundsätzlichen Untersuchung des Wesens und Zwecks der Klage und demnach des Klaggrundes, wie ich sie oben berührte, fehlt es. Sie wird nach dem Gesagten zu einem neuen Aufbau der Klaggrundlehre führen, aber wie ich hoffe, zugleich eine Bestätigung für die Individualisirungstheorie erbringen.

2.

Der Entschädigungsanspruch für die Zeit nach der Klagerhebung bei Patenten und Warenzeichen.

Von Herrn A. Bolze, Reichsgerichtsrath.

Das Patentgesetz vom 25. Mai 1877 giebt eine doppelte Klage. Nach § 4 ist Niemand befugt, ohne Erlaubniß des Patentinhabers den Gegenstand der Erfindung gewerbsmäßig herzustellen, in Verkehr zu bringen oder feil zu halten; bezw. den Gegenstand der Erfindung zu gebrauchen oder ein patentirtes Verfahren anzuwenden. Gegen denjenigen, welcher dieser Bestimmung zuwider handelt, steht folgeweis eine Klage auf Unterlassung zu. Nach § 34 wird derjenige, welcher wissentlich dem § 4 (und 5) zuwider eine Erfindung in Benutzung nimmt, bestraft, und er ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet. In analoger Weise unterscheidet das Gesetz über den Markenschutz vom 30. November 1874 in den §§ 13 und 14. Bei der letzteren Klage handelt es sich um einen Anspruch aus unerlaubter Handlung, die erstere kann man in Analogie setzen zur negatorischen Eigenthumsklage. Damit, daß das Gesetz den Entschädigungsanspruch an die wissentlich widerrechtliche Verletzung des fremden Rechts knüpft, schließt es aus, daß der negatorische Anspruch bei nicht wissentlicher Verletzung auch auf Entschädigung erhoben werden kann. Er ist an sich nur auf Unterlassung der Beeinträchtigung des klägerischen Rechts gerichtet.

Darin ist die negatorische Klage aus dem Patent- oder Markenschutzrecht der negatorischen Eigenthumsklage ähnlich. Die letztere geht, abgesehen von einer Verschuldung, nicht auf Schadensersatz — vergl. für das gemeine Recht das Urtheil des Reichsgerichts I. 705/81 vom 29. März 1882 (Entsch. 6. 61; bei Bolze Praxis Bd. 1. 181, für das Gebiet des Pr. A.L.R. V. 77/84 vom 8. Oktober und V. 109/87 vom 8. Oktober daselbst Bd. 1. 182, Bd. 5. 106, für das französische Recht II. 249/84 vom

6. Februar 1885, II. 377/85 vom 12. Februar 1886, II. 12/85 vom 5. März 1886, daselbst Bd. 1. 183, Bd. 2. 205/6.

Ein anderer Grundsatz gilt für die Zeit seit Erhebung der Klage (Litiskontestation) nach gemeinem Recht. Der Beklagte hat, auch wenn er vor der Litiskontestation nur auf die einfache Leistung haftete, nach der Litiskontestation neben der Hauptleistung die causa rei zu leisten: nach den römischen Quellen Früchte, sowohl die natürlichen als die bürgerlichen, und zwar nicht bloß die gezogenen, sondern auch die, welche der Beklagte hätte ziehen sollen, die Vermehrung der Substanz (Sklavenkind), den Sklavenerwerb, bei Geldforderungen Zinsen. Dieser Grundsatz war nicht beschränkt auf die Klagen auf Herausgabe von Sachen, denn er wird auch angewendet bei der actio negatoria — l. 4 § 2 D. si servitus vindicetur (8. 5) — wie bei der confessoria — l. 19 § 1 D de usuris et fructibus (22. 1) —; er beschränkt sich nicht auf die dinglichen Klagen, seine Anwendung wird bezeugt bei der actio ad exhibendum — § 3 J. de officio judicis (4. 17) l. 9 § 5 D. ad exhibendum (10. 4) —, bei der Kondiktion — l. 31 D. de reb. creditis (12. 1) — bei der Klage aus der Stipulation — l. 38 § 7 D. de usuris et fructibus (22. 1) — sie ist nicht beschränkt auf die Klage auf Leistung individueller Sachen, sondern kommt auch bei Klagen auf Unterlassungen vor, wie das Beispiel der negatoria zeigt, und aus Geldforderungen bezüglich der Prozeßzinsen — Savigny-System 6. 138 ff., das Urtheil des Reichsgerichts III. 17/80 vom 6. April (Entsch. 2. 46).

Es leuchtet ein, daß dieser Zuwachs zu dem Anspruch des Klägers keine Folge sein kann aus der inneren Natur des einzelnen Rechtsverhältnisses. Wenn auch der Satz vorgetragen wird bei den einzelnen Klagen, z. B. in besonders ausführlicher Weise bei der rei vindicatio, so handelt es sich doch nicht um eine aus dem Wesen gerade des Vindikationsanspruchs sich ergebende Folge. Dagegen spricht, daß derselbe Satz, wenn auch in modifizirter Konsequenz, bei den verschiedensten Klagen, und daß er in Fällen angewendet wird, in denen der Anspruch selbst für die Zeit vor der Klageerhebung eben auf eine causa rei nicht oder nur in beschränkterem Umfang geht. Auch leiten die römischen Juristen den Satz nicht ab aus der innern individuellen Natur des einzelnen Rechtsverhältnisses, sondern aus einem allgemeinen Grunde, welcher für alle geklagten vermögensrechtlichen Ansprüche, bei denen derartige

Nutzungen vorkommen, paßt: Der Beklagte soll die Früchte nicht behalten, welche er nicht hätte ziehen können, wenn er sofort beim Prozeßbeginn restituirt hätte, l. 35 § 1 D. de r. v. (6. 1) — oder vom Standpunkt des Klägers geurtheilt, der Kläger soll dasjenige haben, was er gehabt haben würde, wenn er sofort bei dem Prozeßbeginn klaglos gestellt worden wäre. L. 40 D. de her. pet. 5. 3, l. 20 D. d. r. v. (6. 1), l. 2, l. 3 § 1, l. 19 § 1 D. de usur. et fruct. (22. 1), l. 31 pr. D. de rebus creditis (12. 1), l. 9 § 5 D. ad exhibendum (10. 4).

Die Konsequenz wird also gezogen aus der Natur des Streitverhältnisses. Der Grundsatz ist deshalb auch anzuwenden bei solchen streitig gewordenen Rechtsverhältnissen, welche dem römischen Rechte noch nicht bekannt waren, wenn bei ihnen neben der Hauptleistung eine derartige Nutzung vorkommt. Das ist nun aber in ganz hervorragendem Grade bei Rechtsverhältnissen der Fall, welche ihre ganze Anwendung im gewerblichen Leben finden. Der Gesichtspunkt, daß der Beklagte durch eine gewerbliche Verwerthung Nutzen ziehen kann, welchen er dann eben dem Kläger, welcher ihn entbehrt hat, herauszugeben hat, wird ja gerade von den römischen Juristen hervorgehoben bei der taberna, der area, dem Schiffe, den Kleidern, dem Becher, welche vermiethet oder gebraucht werden konnten (l. 62 D. de r. v., l. 19 D. de usuris.). In derselben Weise springt das hervor bei dem Erwerb durch Sklavenarbeit (l. 16, 20, 31 D. de r. v.).

Erwägt man nun andererseits, daß, wie bereits hervorgehoben, dieser Grundsatz von den römischen Juristen auch angewendet wird, wenn die Hauptleistung darin besteht, daß eine Unterlassung gefordert wird, während der Beklagte im Laufe des Prozesses nicht unterlassen hat, daß hier dem Kläger bei der Negatoria dasjenige zu gewähren ist, was er aus dem beeinträchtigten Grundstück u. s. w. gehabt haben würde, wenn der Beklagte während des Prozesses die Beeinträchtigung unterlassen hätte: so ist es mir nicht zweifelhaft, daß die Römer, wenn sie ein Patentrecht gehabt hätten, dem Kläger für die Zeit seit der Litiskontestation dasselbe zugesprochen haben würden, was sie dem negatorischen Eigenthumskläger zugesprochen haben. Ebenso bei dem eingetragenen, gesetzlich geschützten Waarenzeichen. Jedenfalls müssen wir heute diese Konsequenz ziehen.

Daß der Patentanspruch an sich, also für die Zeit vor der Klagerhebung einen Entschädigungsanspruch nicht erzeugt, steht nicht

im Wege. Das ist bei einer Anzahl von Ansprüchen des bürgerlichen Rechts in ganz ähnlicher Weise der Fall; und dennoch wird bei ihnen nach erhobener Klage und für die Zeit seit dieser die causa rei, bezw. Ersatz eines Schadens zugesprochen. So durften bei der Klage aus der Stipulation Früchte seit der Litiskontestation gefordert werden, obschon der Verzug einen Anspruch auf Früchte nicht begründete (l. 38 § 7 D de usuris (22. 1), Savigny System Bd. 6 S. 112).

Die negatorische Eigenthumsklage geht auf einen Schadensersatz aus der Zeit vor der Litiskontestation nicht, wenn den Beklagten ein Verschulden nicht trifft. Von der Klagerhebung ab hat aber der Beklagte, obschon er sich auch während des Prozesses in gutem Glauben an sein Recht ohne Fahrlässigkeit befand, wenn er demnächst verurtheilt wird, dem Kläger den Schaden zu erstatten. Das oben angezogene Reichsgerichtsurtheil I. 705/81 v. 29. März 1882.

Die condictio indebiti geht nur auf die Bereicherung des gutgläubigen Empfängers, auf Rückerstattung der gezahlten Summe mit Zinsen, wenn der Empfänger wußte, daß er Nichts zu fordern habe. Heute haftet der gutgläubige Empfänger seit der Klagerhebung auf Prozeßzinsen, wenn schon er noch während des Prozesses guten Grund hat zu glauben, der Zahlende sei ihm schuldig gewesen, was er geleistet hat. — Vgl. das oben angezogene Reichsgerichtsurtheil III. 17/80 vom 6. April und III. 52/83 vom 19. Juni Entscheidungen 9. 42, und Savigny Bd. 6 S. 138 ff.

Der gutgläubige Besitzer eines fremden Grundstücks erwirbt die Früchte zu Eigenthum und behält, was er verzehrt und veräußert. Der Besitzer, welcher das fremde Eigenthum kennt und dennoch das Grundstück dem Eigenthümer vorenthält, haftet auf die gesammten Früchte, auch diejenigen, welche er hätte ziehen sollen. Seit dem Prozeßbeginn nähert sich die Haftung des gutgläubigen und redlichen Besitzers auch wegen der Früchte der des bösgläubigen aus der Zeit vor Erhebung der Klage.

Diese Analogien sind so frappant, daß man sich kaum der Schlußfolgerung wird entziehen können, es liege im Sinne des gemeinen bürgerlichen Rechts, daß derjenige, welcher die einem Andern patentirte Erfindung gegen die Bestimmungen der §§ 4 und 5 des Patentgesetzes wenn schon im besten Glauben benutzt, zwar, wie es § 34 des Patentgesetzes bestimmt, eine Entschädigung für die Zeit nicht zu gewähren hat, wo er vom Patentinhaber

nicht angesprochen wird, daß er aber, wenn er aus § 4 des Patentgesetzes verklagt wird, trotz seines fortdauernden guten Glaubens, sofern er in der Sache verurtheilt wird, auch zur Entschädigung des Patentinhabers für die Zeit seit der Klagerhebung zu verurtheilen ist.

Dasselbe wird gelten müssen für denjenigen, welcher im guten Glauben eine fremde Marke benutzt, und es wird gelten müssen in denjenigen deutschen Rechtsgebieten, in welchen das bürgerliche Recht bezüglich der erweiterten Haftung des Beklagten seit dem Prozeßbeginn auf demselben Standpunkt steht wie das gemeine Recht.

Man könnte gegen die hier angezogene Analogie einwenden, daß es doch ein Anderes sei mit der Haftung des gutgläubigen Besitzers für die Früchte, welche er hätte ziehen können, aber aus Nachlässigkeit zu ziehen unterlassen hat, — ein Anderes mit der Haftung für den Schaden, welcher dem klagenden Patentinhaber daraus erwächst, daß der Beklagte ihn in der Ausnutzung seines Patentes beeinträchtigt. Der Patentinhaber kann vermöge seiner zweckmäßigeren Einrichtungen, seiner besseren technischen Kenntnisse und Geschicklichkeit, seiner größeren Geschäftsgewandtheit in der Lage sein, aus der Herstellung und Verwerthung der von dem Beklagten hergestellten und veräußerten Produkte einen größeren Gewinn zu ziehen als der Verklagte; freilich auch umgekehrt. Es könnte deshalb unbillig erscheinen, das Maß der Haftung in Patentsachen aus den bessern wirthschaftlichen Verhältnissen des Klägers zu entnehmen und damit an die Erstattungspflicht des Beklagten einen andern Maßstab anzulegen als an die Haftung des redlichen Besitzers; oder es möchte im andern Falle nicht gerecht erscheinen dem Beklagten etwas von seinem Gewinn zu lassen, wenn der Schaden des Klägers niedriger ist. Dennoch halte ich den hier eingenommenen Standpunkt fest. Der entgegengesetzte führt zu unpraktischen Schwierigkeiten. Man denke nur an die Fälle, in welchen sich die beiderseitigen Produkte oder Verfahrensarten nur theilweis decken. Auch haben die römischen Juristen mit vollem Bewußtsein denselben Weg eingeschlagen in den Fällen, in welchen es sich nicht um die Erstattung eigentlicher Früchte handelt.

L. 9 § 8 D. ad exhibendum (10, 4).

Praeterea utilitates, si quae amissae sunt ob hoc, quod non exhibetur vel tardius exhibetur, aestimandae a judice sunt. Et ideo

Neratius ait, utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit: Quae utilitas, inquit, interdum minoris erit, quam res.

§ 3 J. de officio judicis (4. 17): condemnandus sit in id quod actoris intererat, si ab initio res exhibita esset.

L. 4 § 2 D. si servitus vindicetur (8. 5).

. . . Sed et in negatoria actione . . . fructus computantur, quanti interest petitoris, non uti fundi sui itinere adversarium . . .

L. 19 § 1 D. de usuris et fructibus (22. 1).

. . . nisi si quis commodum in fructibus numeraret, quod habiturus esset petitor, si statim eo tempore, quo petiissit, agere non prohiberetur . . .

Bei der thatsächlichen Störung eines Rechts, dessen ganze Bedeutung in der gewerblichen Verwerthung seines Gegenstandes besteht, muß sich überdies die Entschädigungsfrage für den Kläger anders stellen als bei der Entziehung eines landwirthschaftlichen Grundstücks, dessen Besitz seine wesentliche Bedeutung in dem Fruchtgenuß findet.

2.

Zu einem anderen Resultate würde man nur dann gelangen können, wenn aus dem Patentrecht in sonderheit aus dem Patentgesetze ein Grund zu entnehmen wäre, welcher jene Konsequenz des bürgerlichen Rechts ausschlösse. Ich vermag einen solchen Grund nicht aufzufinden. Bei dem Anspruch des Patentinhabers stehen sich wie bei dem Anspruch des Eigenthümers zwei Interessen gegenüber. Dort das Interesse des patentirten Erfinders und das Interesse des Gewerbtreibenden, welchem vorgeworfen wird, die Erfindung widerrechtlich benutzt zu haben. Die Einschränkung, welche der Rechtsschutz des Patentinhabers nach § 34 des Patentgesetzes erleidet, ist hergenommen aus der Rücksicht auf das Interesse der dritten Gewerbtreibenden. Diese Rücksicht ist soweit gerechtfertigt, als dem Patentinhaber die Mittel gelassen werden, bei zeitiger Aufwendung gesteigerter Diligenz zum Ersatze seines Schadens zu gelangen. Da die gewerblichen Produkte den offenen Markt suchen, so kann es dem Inhaber des Patents auf eine neue Erfindung, welche eine gewerbliche Verwerthung gestattet, und deren gewerbliche Verwerthung der Patentinhaber sucht, regelmäßig nicht lange verborgen bleiben, wenn von Dritten ein Gegenstand gewerbsmäßig hergestellt, in Verkehr gebracht oder feilgehalten, oder wenn ein Ver-

fahren gewerblich angewendet wird, von denen der Patentinhaber glaubt, daß sie unter sein Patent fallen und deshalb ohne seine Erlaubniß nicht benutzt werden dürfen. Es ist deshalb nicht unbillig, wenn dem Patentinhaber angesonnen wird, die Urheber der objektiven Verletzungen seines Patents sofort anzugehen, wenn der dritte Gewerbtreibende, welcher im guten Glauben handelt, so lange gedeckt bleibt, als er nicht angesprochen wird. Das Gesetz läßt ihn, auch wenn er außergerichtlich angesprochen wird, so lange gedeckt, als er sich hierdurch nicht überzeugt, daß er in das fremde Patent eingreift. Vermag der Patentinhaber den Dritten, welcher sein Recht verletzt, nicht zu überzeugen, ihm solche Beweise zu bringen, daß der Dritte für überzeugt anzusehen ist, auch wenn er es bestreitet, was ja in zweifelhaften Fällen nicht möglich sein wird: so muß es doch ein Mittel geben, das objektiv rechtswidrige Vorgehen des Dritten für den Patentinhaber unschädlich zu machen. Er geht also den Richter mit einer Klage im ordentlichen Verfahren an. Der Dritte läßt sich nicht beirren, sondern fabrizirt und vertreibt weiter, und er hat guten Grund, sich nicht beirren zu lassen. Er hat etwa technische Sachverständige und Rechtsgelehrte mit ihrem Gutachten gehört, sie haben ihm überzeugend bewiesen, daß das dem Kläger ertheilte Patent nach der ihm zu gebenden Auslegung nicht soweit reicht, daß das Verfahren des Beklagten oder der von ihm hergestellte Gegenstand unter das Patent fallen, und daß überdies dieser Gegenstand und jenes Verfahren so erheblich abweichen von der Erfindung des Klägers, daß sie sich selbst wieder als eine neue Erfindung darstellen, und dergleichen. Der Kläger muß also den Spruch des Richters, er muß die rechtskräftige Entscheidung abwarten. Inzwischen läuft die seinem Patent bemessene Frist weiter; er entbehrt, soweit als der Beklagte ihn auch noch während des Prozesses beeinträchtigen darf, nicht allein einen Theil der reinen Nutzung, er entbehrt auch das, was von den Nutzungen auf die Amortisation des Kapitalwerths zu rechnen ist. Man setze den Fall, der Kläger hat die Erfindung unter Aufwendung eines erheblichen Kapitals gekauft, er hat viel Geld zur Anschaffung von Maschinen, zu Reklamezwecken, um die Erfindung bekannt zu machen, hineingesteckt. Das Kapital soll in den 15 Jahren nicht bloß verzinst, es soll auch amortisirt werden. Stehen dem Erfinder mehrere gutgläubige Dritte gegenüber, welche er verklagen muß, und denen auch während

des ganzen Laufes des Prozesses die *wissentliche* Verletzung nicht nachgewiesen wird, so kann der Ausfall des Patentinhabers, welcher allen diesen Personen gegenüber objektiv im Recht ist, und dem auch das Recht schließlich zugesprochen wird, recht erheblich sein. Wird dann schließlich dem Patentinhaber auch für die Dauer des von ihm gewonnenen Prozesses die Entschädigung abgesprochen, so hat er einen guten Theil seines guten Rechtes verloren, und man würde der trostlosen Thatsache gegenüber stehen, daß ihm gar kein gesetzliches Mittel gegeben war, um sein volles Recht zu bekommen. Dabei handelt es sich gar nicht etwa um einen kurzen Zeitraum. Patentverletzungsprozesse, in welchen die Entscheidung der einschlagenden Fragen zweifelhaft ist, dauern doch öfter bis zur endlichen Entscheidung recht lange. Wird gar von dem Beklagten die Nichtigkeitsklage aus § 10 des Patentgesetzes erhoben und vom Prozeßgericht auf Grund des § 139 C.P.O. die Aussetzung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Nichtigkeitsprozesses beschlossen, so kann es leicht vorkommen, daß die Zeit, auf welche das Patent ertheilt war, abläuft, bevor der nicht sogleich in den ersten Jahren nach Ertheilung des Patents eingeleitete Patentverletzungsprozeß rechtskräftig entschieden ist. Das sind keineswegs leere Befürchtungen, ich könnte schon aus meiner bisherigen richterlichen Erfahrung einige, nach dieser Richtung wenig erbauliche Geschichten erzählen.

Nun verweist man den Patentinhaber vielleicht auf den Weg des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung. Es wäre ja auch ein Rechtszustand denkbar, in welchem der Richter sogleich bei Einleitung des Prozesses die Schwierigkeiten, welche sich daraus ergeben, daß er die vor ihn gebrachte Frage nicht sofort entscheiden kann, dadurch mindert, daß er für die Dauer des Prozesses einen provisorischen Zustand einrichtet. Also etwa: er untersagt dem Beklagten, während des Prozesses in der bisherigen Weise weiter zu verfahren, wenn der *Kläger verspricht*, den Beklagten schadlos zu halten, falls dieser den Prozeß gewinnt, und dafür Sicherheit leistet. Oder umgekehrt, er läßt den *Beklagten versprechen* und Sicherheit leisten, daß er den Kläger entschädigen werde, wenn dieser den Prozeß gewinnt.

Allein es ist doch mindestens sehr zweifelhaft, ob die allgemeine Fassung des § 819 C.P.O. dem Richter die prätorische Befugniß überhaupt ertheilt, derartige Versprechen etwa durch Androhung

der Sperrung des weiteren Geschäftsbetriebes zu erzwingen. Gewiß wollte sie derartige Befugnisse nicht für diesen Fall ertheilen, wenn es der Sinn der hier einschlagenden Rechtsnormen wäre, daß der gutgläubige Beklagte gesetzlich zu einer Entschädigung des Klägers dafür, daß er dessen Erfindung während des Prozesses benutzt hat, nicht verpflichtet sein sollte. Sodann wäre aber auch der Versuch, den interimistischen Zustand während des Prozesses in dieser Weise zu regeln, ein seltsamer rechtsgeschichtlicher Rückschritt. Das war ja der Weg, auf welchem man zur Zeit eines unbeholfenen Rechtszustandes das durch Sponsionen zu erzwingen suchte, was heute das Gesetz unmittelbar gewähren soll, wenn die Gerechtigkeit die Entschädigung fordert.

Statt einer solchen Regelung eines interimistischen Zustandes aber mit einfachen Inhibitionen vorzugehen, ist am wenigsten da gestattet, wo die endliche Entscheidung des Streites von vornherein zweifelhaft, und eben deswegen der gute Glaube des Beklagten trotz aller Bescheinigungen des Klägers auf der Hand liegt.

Betrachte ich aber die Sache vom Standpunkt eines Beklagten, dessen guter Glaube nicht anzuzweifeln ist, so vermag ich doch einen gerechten Anspruch desselben nicht anzuerkennen, auch während des Prozesses auf Kosten des Klägers zu nutzen, sofern die schließliche Entscheidung gegen den Beklagten ausfällt. Die Gründe, welche den Gesetzgeber bestimmt haben, den guten Glauben zu schonen, sind hier keine wesentlich anderen als die, welche das positive Recht in Jahrhunderte langer Uebung bestimmt haben, den gutgläubigen Besitzer eines fremden Grundstücks nur so lange zu schonen, als der Prozeß nicht gegen ihn eingeleitet ist.

Wenn ich einer fremden Person, wenn ich einer fremden Sache in fremdem Besitz gegenüber stehe, habe ich die Verpflichtung, die fremde Person, das fremde Eigenthum, den fremden Besitz zu schonen, meine Handlungen mit Vorsicht so einzurichten, daß ich den Andern weder in seiner Person noch in seinen Gütern verletze. Was ich als mein Eigenthum unter mir habe, darf ich frei genießen. Das Recht erhebt nicht den Anspruch, daß ich hier für jede Sache, die ich besitze, mit Aengstlichkeit den Grund meines Besitzes erörtere. Kein Mensch würde dabei seines Lebens und seiner Wirthschaft froh.

Die Sachlage wird anders, wenn ich wegen einer Sache, die ich bisher für die meinige gehalten habe, von einem Dritten als dem Eigenthümer angesprochen und vor den Richter geladen werde.

Ich mag die beste Ueberzeugung von meinem Recht haben. Darüber, wer von uns Beiden Recht hat, habe ich nicht zu entscheiden. Der Kläger kann dieselbe Ueberzeugung von seinem Recht haben, wie ich von dem meinen. Zwischen uns entscheidet der Richter. Ich darf mir nicht verhehlen, daß die Entscheidung auch gegen mich ausfallen kann. Erfolgt das, so erhellt, daß ich von Anfang an Unrecht gehabt habe. Nun kann der Prozeß nicht sofort entschieden werden. Welcher Grund spricht bei der nothwendigen Hinausschiebung des Urtheils dafür, daß der Kläger den Nachtheil dieser Hinausschiebung allein trägt? Daß mir vorläufig das Grundstück, welches ich eben habe, belassen wird, ist ja nun, nachdem der Rechtsanspruch erhoben ist, kein Grund dafür, daß mir auch die Nutzungen, welche ich eben, weil ich im Besitz bin, thatsächlich ziehen kann, auch *bleiben*. Quare habeat, quod non esset habiturus possessor, si statim possessionem restituisset? L. 35 § 1 D. de r. v. Schlimm genug für den Kläger, daß ihm die Nutzungen, wie das Grundstück selbst bis zum Erkenntniß vorenthalten bleiben. Erhält er Recht, so müssen ihm dann auch die Nutzungen herausgegeben werden. *Die Gefahr*, welche daraus für den Kläger erwächst, daß das maßgebende Urtheil erst nach der Verhandlung des Prozesses in verschiedenen Instanzen gefällt werden kann, muß wie die *Kosten* des Prozesses der unterliegende Theil tragen.

So wenig ich wegen der Sachen, welche ich in dem Glauben, sie gehören mir, besitze, ängstlich zu sein brauche, so lange mich deshalb nicht ein Dritter als der Eigenthümer anspricht, so wenig soll ich in meinem Gewerbbetrieb ängstlich sein wegen eines möglichen Verbietungsrechts. Das ist so lange verständig, als ein solches Verbietungsrecht noch nicht angesprochen wird. Auch hier legitimirt meine Handlung mein Glaube, das thun zu dürfen, von dem mir nicht bekannt ist, daß es mir ein Dritter verbieten darf. In den Motiven des Entwurfs zu §§ 31—34 wurde die hier einschlagende Bestimmung des Patentgesetzes so gerechtfertigt: „Wenn der Entwurf die Entschädigungspflicht ausdrücklich davon abhängig gemacht hat, daß die Verletzung wissentlich geschehen ist, so geht die Absicht dahin, den gewerblichen Verkehr vor den Belästigungen und vor der Unsicherheit zu schützen, welchen derselbe ausgesetzt sein würde, wenn die Bevölkerung und namentlich das Handel und Gewerbe treibende Publikum über den Inhalt und die Tragweite der bestehenden Patente, um der Gefahr einer unter Umständen sehr weit

reichenden civilrechtlichen Haftung enthoben zu sein, jederzeit sich in Kenntniß zu halten hätte." Die Kommission des Reichstags trat diesem Gesichtspunkte bei: „Die Ausdehnung der Entschädigungspflicht über die Fälle der wissentlichen Verletzung des Patentrechts hinaus können zu großer Belästigung des Publikums und vielfachen Chikanen führen, da auch ein völlig gutgläubiger Benutzer des Patents Entschädigungsklagen besorgen müsse, und vor solchen nur sicher sein könne, wenn er die Tausende von Patentbekanntmachungen genau durchstudire. Auch die Beschränkung der Klage auf Bereicherung beseitige diese Bedenken um so weniger, als die Bereicherung in der Regel sehr schwer festzustellen sei, und die Ermittelung der Höhe derselben zu großen Weitläufigkeiten führe. Auf der anderen Seite habe es der Patentinhaber in der Hand, den Beweis der Wissentlichkeit der Verletzung dadurch zu erleichtern, daß er den betreffenden Gegenstand als patentirt bezeichne." Alles das geht nur auf die Zeit vor der Klage. Mit der Klagerhebung stellt sich die Situation des Beklagten, welcher, wenn schon in gutem Glauben an sein Recht, die fremde Erfindung weiter nutzt, nicht anders als die Situation des beklagten redlichen Besitzers.

Ich kann nicht finden, daß die obige Motivirung in irgend einem Punkte den hier geltend gemachten Gründen entgegen stehe. Es erhellt auch nirgends die Absicht, die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Erweiterung eines rechtshängig gemachten Untersagungsanspruchs bezüglich des Anspruchs des Patentinhabers aus § 4 des Patentgesetzes einer Aenderung zu unterziehen. Umgekehrt erklären die Motive zu §§ 31—34 des Entwurfs: „In Betreff der civilrechtlichen Verfolgung etwaiger Patentverletzungen hat der Entwurf sich auf die nothwendigsten Bestimmungen beschränkt. Es erschien angemessen, den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts in soweit ihre Geltung zu lassen, als die Natur der Rechtsverhältnisse und das praktische Bedürfniß eine Abweichung nicht unerläßlich machen." Wenn dann in der folgenden Exemplifikation der hier erörterte Grundsatz des bürgerlichen Rechts nicht besonders erwähnt wird, so ist das kein Beweis dafür, daß die Verfasser des Entwurfs das praktische Bedürfniß in der hier vorliegenden Richtung so vollständig verkannt hätten, daß jenem allgemeinen Vordersatz ihrer Erwägungen eine sie auf die genannten Fälle beschränkende Auslegung zu Theil werden müßte. Ich kann nicht anders annehmen, als daß das Patentgesetz in

seinem Verhältniß zum bürgerlichen Recht, auf demselben Standpunkte steht, wie § 293 C.P.O.: „Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die (sonstigen) Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben unberührt." Etwas Anderes ergiebt sich auch nicht für das Markenschutzgesetz aus dessen Entstehungsgeschichte. In den Reichstagsverhandlungen wurde sogar von einem Abgeordneten in Uebereinstimmung mit dem Kommissar des Bundesraths die Ansicht ausgesprochen, durch das neue Gesetz solle der Entschädigungsanspruch, welchen das bürgerliche Recht wegen jeder fahrlässigen Schadensstiftung giebt, nicht berührt werden; so daß nach Landesrecht Entschädigung gefordert werden dürfe wegen einer von vornherein fahrlässigen Benutzung eines fremden Waarenzeichens. Das ist nun zwar nicht richtig. Es erhellt doch aber aus diesen Aeußerungen so viel, daß man hier so wenig wie bei dem Patentgesetz daran gedacht hat, Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, welche von dem Markenschutzgesetz nach seinem Inhalt nicht unmittelbar betroffen werden, zu beseitigen.

3.

Zu einem andern Resultate über die Tragweite des § 34 des Patentgesetzes ist das Reichsgericht in zwei neueren Entscheidungen gelangt, I. 142/88 vom 9. Juni und I. 122/88 vom 30. Juni 1888. Beide betrafen Fälle, in welchen nicht das gemeine Recht anzuwenden war. Aber die Gründe, welche für die Entscheidung maßgebend gewesen sind, würden in einem Falle des gemeinen Rechts zu keinem andern Resultate führen. In dem ersten Urtheil wird namentlich ausgeführt: „Aus dem § 34 des Patentgesetzes ergiebt sich, daß eine der Rechtswirkungen, welche im ganzen Deutschen Reiche gleichmäßig eintreten sollen, darin besteht, daß nur aus einem in Wirklichkeit wissentlichen Inbenutzungnehmen einer patentirten Erfindung seitens eines Andern als des Patentinhabers (ohne Erlaubniß des letztern) für den Patentinhaber ein Recht auf Entschädigung entstehe, dagegen im Fall einer nicht in Wirklichkeit wissentlichen Verletzung seines Patentrechts ihm durch die Verletzung kein Recht auf Entschädigung zustehen soll. Diese Norm des Reichsrechts beruht auf gesetzgeberischer Berücksichtigung des öffentlichen Interesses in zwei ausgleichenden divergirenden Richtungen, nämlich einerseits in der Richtung, durch den Patentschutz die Lust zu gewerblich verwerthbaren neuen Erfindungen anzuregen, andererseits durch eine scharfe

Beschränkung dieses Schutzes in Bezug auf das Entschädigungsrecht des Patentinhabers (auf die in Wirklichkeit wissentliche Benutzung der ihm patentirten Erfindung ohne seine Erlaubniß) aus dem Gesetzesgrunde, den gewerblichen Verkehr im Deutschen Reich vor den Belästigungen und der Unsicherheit zu schützen, welchen die Bevölkerung (namentlich die Handel und Gewerbe betreibende) im Deutschen Reiche ausgesetzt sein würde, wenn gerichtliche Bestrafung und eine (unter Umständen sehr weit gehende) civilrechtliche Haftung auch in Fällen nicht wissentlicher Verletzung von Patentrechten eintreten sollte, (vgl. die Motive zu den §§ 31—34 des Entwurfs). Letzterem Grunde und dem ersichtlich erklärten Willen des Reichsgesetzes würde es durchaus widersprechen, im Falle der Erhebung einer Klage auf Untersagung der Benutzung einer dem Kläger patentirten Erfindung (weil diese Benutzung das Patentrecht des Klägers objektiv verletze), schon deswegen, weil diese Klage erhoben worden sei und in dem dadurch angestrengten Prozesse die Verurtheilung des Beklagten, sein das Patentrecht des Klägers verletzendes Verhalten einzustellen, erfolge, es für zuläßig zu erachten, gleichzeitig den Beklagten zur Entschädigung des Klägers wegen der Benutzung des Patentrechts während des Prozesses zu verurtheilen, obwohl thatsächlich vollständig dargelegt war, daß der Beklagte auch nach der Klagerhebung, während des Prozesses, die dem Kläger patentirte Erfindung in Wirklichkeit keineswegs im Sinne des Reichsrechts wissentlich, sondern in gutem Glauben und der festen Ueberzeugung, daß die Klage des Patentinhabers völlig unbegründet sei, daß des Beklagten Verhalten kein Patentrecht des Klägers verletze, und daß es nicht möglich sei, daß sich die Sache anders verhalte, benützt hatte.

Dadurch würde dem Patentinhaber ein Recht auf Entschädigung wegen einer im Sinne des Reichsgesetzes nicht wissentlichen Benutzung seiner patentirten Erfindung gewährt, also das Reichsgesetz verletzt werden. Der Beklagte würde verurtheilt, entweder weil er ohne Fahrlässigkeit seit der Klageerhebung nicht mehr habe davon überzeugt sein dürfen, daß sein Verhalten (wenigstens möglicher Weise) ein patentverletzendes sei, oder weil eine Fiktion an die Stelle der reichsgesetzlich geforderten wirklichen Thatsache gesetzt wird. —

Seit dem Bestehen der Gesetzeskraft des Reichspatentrechts kann die Klagerhebung als solche nicht das Recht auf Entschädigung

wegen Patentverletzung durch das Verhalten des Beklagten während des Prozesses erzeugen, sondern die Thatsache ihrer Realisirung ist lediglich ein (von dem Richter der Instanzen, in welchen nach dem Prozeßgesetz thatsächliche Feststellungen zu treffen sind, zu würdigendes, vor Fällung des Urtheils existent gewordenes) für den Schluß auf die Wissentlichkeit der Benutzung der patentirten Erfindung während des Prozesses relevantes faktisches Moment, welches allerdings in der Mehrzahl der Fälle zu dem Schluß auf die Existenz der Wissentlichkeit führen wird, indessen keineswegs in allen Fällen zu diesem Schlusse führen muß."

Es bleibt abzuwarten, ob diese Gründe die Praxis bestimmen werden, an dem Resultate festzuhalten, zu welchem die beiden reichsgerichtlichen Entscheidungen gelangt sind. Sollte dies der Fall sein, und sollten sich dann die praktischen Uebelstände in besonders empfindlicher Weise fühlbar machen, so wird wohl die Reichsgesetzgebung Abhülfe gewähren müssen. Eine Anregung dazu ist bereits in einer etwas anderen Richtung gegeben.

Der Enquetekommission, welche zufolge Beschlusses des Bundesraths im November 1886 zusammentrat, war unter anderm auch die Frage vorgelegt:

Sind auch die nicht wissentlich, aber aus Fahrlässigkeit begangenen Patentverletzungen unter Strafe zu stellen? Ich hatte die Ehre, der Kommission anzugehören, und habe damals unter Zustimmung der Versammlung die Frage von dem strafrechtlichen Gebiete ab- und dem zivilrechtlichen Gebiete zugelenkt. Ich habe auch auszuführen gesucht, — S. 139 der stenographischen Verhandlungen — daß nach meinen praktischen Erfahrungen das Bedürfniß weit weniger durch die sehr bedenkliche Verfolgung der fahrlässigen Patentverletzung als dadurch befriedigt werden würde, daß die Entschädigungspflicht des, wenn schon gutgläubigen Patentverletzers auch für den Fall festgestellt würde, daß er, von dem Patentinhaber speziell angegangen, bei seiner gewerblichen Thätigkeit der Warnung des Patentinhabers ungeachtet — auf seine Gefahr — verharre. Ich habe damals aber auch betont, daß ich es für gerecht halte, die Frage umzudrehen, sich auf den Standpunkt des redlichen Gewerbtreibenden zu stellen, der nun ein eigenes Produkt hergestellt hat und durch die Androhung des Patentberechtigten, ihn in Anspruch zu nehmen, weil er sein Patentrecht verletze, in seinem Gewerbbetrieb geschädigt

wird, und demnächst seinerseits gegen den Patentberechtigten Recht bekommt. Hier müsse der Patentinhaber den Beklagten entschädigen.

Die Ueberzeugung, welche ich damals ausgeführt habe, hat sich durch diese inzwischen gemachten Erfahrungen bei mir befestigt. Knüpft man die weitergehende Entschädigungspflicht statt an die außergerichtliche Warnung vielmehr an die Klageerhebung des Patentinhabers, so stellen sich nach meinem Rechtsgefühl die zu erstrebenden Rechtsfolgen genau so, wie ich sie damals angestrebt habe.

Dem Beklagten, ich meine den gutgläubigen Beklagten, steht eine dreifache Entschließung offen:

Entweder er riskirt den Prozeß überhaupt nicht; sei es, daß er um den Prozeß zu vermeiden, trotz seiner entgegengesetzten Ueberzeugung das von dem Kläger beanspruchte Recht schlechthin anerkennt, sei es — was für die hier vorliegende Frage auf dasselbe hinausläuft — daß er einen billigen Vergleich erzielt. Dann ist damit die Sache erledigt. Oder er nimmt den Prozeß auf, und produzirt in Ueberzeugung seines guten Rechts weiter. Oder er nimmt den Prozeß auf, stellt aber, um der Entschädigung willen, die Produktion ein oder vermindert sie erheblich.

So gerecht es ist, daß im zweiten Falle der siegreiche Kläger von dem Beklagten für die während des Prozesses fortgesetzten Benachtheiligungen seines Rechts entschädigt wird, so gerecht ist es, daß in dem dritten Falle der siegreiche Beklagte von dem Kläger dafür entschädigt werde, daß er durch dessen unbegründete Rechtsverfolgung behindert ist, während des Prozesses seine gewerblichen Rechte auszuüben. Vielleicht ist es nicht allzukühn anzunehmen, daß der Beklagte dies erreichen kann, wenn er der Klage aus dem Patentrechte des Klägers eine Widerklage auf Untersagung der Störung des Gewerbebetriebs und auf Schadensersatz wegen Turbation entgegensetzt. Der Schadensersatzanspruch würde sich für die Widerklage aus demselben Grunde rechtfertigen, wie sonst der Schadensersatzanspruch des Klägers, daß nämlich Widerkläger nicht bei Erhebung der Widerklage vom Widerbeklagten klaglos gestellt sei. Widerklage und Klage würden hier in keinem andern Verhältnisse zu einander stehen wie die actio confessoria des Klägers und die actio negatoria des Widerklägers oder die actio de patria potestate affirmativa und die actio de patria potestate negativa — vgl. Wetzell, Civilprozeß § 63 zu Noten 81 und 94; § 42 Note 8 und 9 und der dort zitirte Savigny System VI. S. 349.

In jedem Falle möchte es wünschenswerth sein, daß die bevorstehende Gesetzgebung der hier ventilierten Frage nach den beiden hier angedeuteten Richtungen näher tritt, schon um einheitliches Recht für das Reichsgebiet zu schaffen.

Man könnte auf den Gedanken kommen, die Reform nach dieser Richtung den allgemeinen Bestimmungen des zu erwartenden bürgerlichen Gesetzbuchs zu überlassen. Ich würde das für keinen glücklichen Weg halten. Die Regelung kann sehr wohl für Markenschutzrecht, Patentrecht und etwa andere Fälle des geistigen Eigenthums besonders erfolgen. Andererseits sehnen wir uns ja Alle nach dem gemeinsamen bürgerlichen Gesetzbuch. Aber der Wunsch, daß der sorgsam vorbereitete Entwurf vor dem Schicksal bewahrt bleiben möge, in abstürzender Eile zum Gesetz erhoben zu werden, ohne daß den im Einzelnen in formeller und sachlicher Beziehung zu erhebenden begründeten Bedenken eine reifliche Erwägung und eine eingehende Berücksichtigung zu Theil würde, wird sich, seit der Entwurf bekannt geworden, bei Vielen befestigt haben. Gerade gegen die hierher gehörigen Vorschläge des Entwurfs regen sich bei mir ernste Bedenken. Ich komme darauf in einer besonderen Abhandlung zurück.

3.

Die bergrechtliche Enteignung und das Grundbuchrecht.

Von Herrn Ober-Bergrath Arndt in Halle a. S.

Wie außerordentlich zahlreiche Enteignungsbeschlüsse auf Grund des Allgemeinen Berggesetzes auch ergangen sind, so ist in der Theorie und Praxis noch immer die Frage nicht entschieden, ob auf Grund solcher Beschlüsse, wenn sie dem Grundeigenthümer die Abtretung und dem Bergwerksbesitzer die Eigenthumserwerbung des expropriirten Grundstücks aufgeben, das Eigenthum an letzterem ohne Weiteres und namentlich ohne Auflassung auf den Bergwerksbesitzer übergeht. Diese Frage ist in den letzten Jahren Gegenstand eingehender Berathungen der Enteignungsbehörden (der Oberbergämter und der Regierungen bezw. der an Stelle der letzteren getretenen Bezirksausschüsse) einerseits und verschiedener Gerichtsbehörden andererseits gewesen. Das Kammergericht hat durch Entsch. vom 12. März 1888 [1])

---

[1]) Vgl. auch den inzwischen veröffentlichten Beschluß des Kammergerichts vom 14. Februar 1887 in Johow's Jahrbuch Bd. 7 S. 139.

obige Frage dahin beantwortet, daß sich der Eigenthumserwerb auf Grund des Enteignungsbeschlusses vollziehe, daß daher die Auflassung nicht erforderlich sei, indem der Fall einer freiwilligen Veräußerung im Sinne des § 1 des Eigenthumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 nicht vorliege.

Da mit dieser Entscheidung die Angelegenheit weder für den Prozeßrichter noch für die Enteignungsbehörden erledigt ist, so sei hier eine kurze Erörterung des Gegenstandes gestattet, welcher eine weitergehende praktische Bedeutung besitzt.

Es ist bekannt, daß mit Zustellung eines auf Grund des Gesetzes über die Enteignung von Grundeigenthum vom 11. Juni 1874 ergehenden Expropriationsbeschlusses das Eigenthum übergeht, ohne daß es der zuvorigen Auflassung bedarf. Nicht minder ist bekannt, daß das Gesetz vom 11. Juni 1874 auf das Bergwesen keine Anwendung findet, und daß für dieses die Vorschriften der §§ 135 ff. des Allgem. Bergg. vom 24. Juni 1865 gelten. Nach diesen Vorschriften muß der Grundeigenthümer dem Bergwerksbesitzer zu bestimmten Zwecken gegen Entschädigung die „Benutzung" seines Grundstücks abtreten — aber nur die Benutzung, nicht das Eigenthum; nur die Abtretung der ersteren, nicht diejenige des letzteren kann der Bergwerksbesitzer erzwingen. In gewissen Fällen (der längeren Dauer der Benutzung, der Zerstückelung oder der Werthverminderung des Grundstücks) „kann" — so bestimmt das Bergg. § 137 Abs. 2 a. a. O. — „der Grundeigenthümer verlangen, daß der Bergwerksbesitzer das Eigenthum des Grundstücks erwirbt".

Hiernach war das Landgericht Halle in Uebereinstimmung mit Turnau (Grundbuchordnung 4. Aufl. Bd. II. S. 127) der Ansicht, daß der Eigenthumserwerb, weil nur auf Verlangen, also mit Willen des Grundeigenthümers sich vollziehend, kein zwangsweiser sei und daher unter § 1 des Eigenthumserwerbsgesetzes falle. Diese Ansicht hat das Kammergericht in der angeführten Entscheidung aus folgenden Gründen für rechtsirrthümlich erklärt:

„Aus den in dem landgerichtlichen Beschlusse angezogenen Bestimmungen des allgemeinen Berggesetzes folgt höchstens, daß die Veräußerung des Grundeigenthümers als eine freiwillige zu betrachten ist. Auf Seiten des Bergwerksbesitzers liegt jedenfalls ein Zwangserwerb vor, welcher allein schon den Begriff der freiwilligen Veräußerung des zit. § 1 als eines zweiseitigen, auf jeder Seite der Kontrahenten freiwilligen Aktes der Eigenthumsüberlassung und Er-

werbung ausschließt. Nur wenn die Parteien über die Grundabtretung und deren Bedingungen gütlich sich einigen, ist ein Akt der freiwilligen Veräußerung vorhanden, für welche der zit. § 1 maßgebend ist. Wenn hingegen die Parteien sich über die Grundabtretung nicht gütlich einigen können, so wird eine Entscheidung darüber, ob, in welchem Umfange und unter welchen Bedingungen der Bergwerksbesitzer zur Erwerbung des Eigenthums verpflichtet ist, erforderlich; dieselbe erfolgt durch einen gemeinschaftlichen Beschluß des Oberbergamts bezw. der Regierung (des Bezirksraths)".

Die Enteignungsbehörden ihrerseits waren wohl darüber, ob auf Seiten des Grundeigenthümers eine zwangsweise Veräußerung vorliege, getheilter Ansicht; darüber indeß bestand für sie kaum ein Zweifel, daß auf Seiten des Bergwerksbesitzers eine freiwillige Erwerbung stattfinde. In Betreff des Grundeigenthümers argumentirten einige Enteignungsbehörden, er wolle überhaupt nicht abtreten und nur, wenn er zur Abtretung gezwungen werde, dann verlange er, daß ihm der volle Eigenthumswerth des Grundstückes ersetzt werde. Bei ihm überwiege daher der Zwang. Der Bergwerksbesitzer dagegen, so nehmen diese Behörden an, wolle den Eigenthumserwerb; denn, indem er den Antrag auf zwangsweise Abtretung des Benutzungsrechts stelle, erkläre er zugleich seinen Willen, auf Verlangen auch das Eigenthum zu erwerben. Aber selbst wenn man dieser Argumentation nicht glaubt beitreten zu können und annimmt, der Bergwerksbesitzer wolle mit seinem Antrage nur das Benutzungsrecht und nicht das Eigenthum erlangen und er würde den Antrag auf Einleitung des Zwangsverfahrens nicht gestellt haben, wenn er vorausgesehen hätte, daß er zum Erwerbe des Eigenthums gezwungen werden könnte, dann bleibt, so scheint mir, zu beachten, daß der Bergwerksbesitzer den Antrag zurückziehen kann, sobald der Grundeigenthümer den Eigenthumserwerb verlangt. Nimmt der Bergwerksbesitzer den Antrag nicht zurück, so erklärt er damit seinen Willen, auch das Eigenthum zu dem von den Enteignungsbehörden bezw. dem Gericht festgesetzten Preise zu erwerben. Endlich dürfte der Bergwerksbesitzer selbst nicht durch den Beschluß, welcher ihn zur Erwerbung des Eigenthums verpflichtet erklärt, zu dieser Erwerbung gezwungen sein; vielmehr möchte es auch nach Erlaß eines solchen Beschlusses in seinem freien Willen stehen, ob er die Erwerbung vornimmt oder nicht. Er braucht nämlich den

Enteignungsbeschluß nicht in Wirksamkeit treten zu lassen.[2]) Nur wenn er, was in seinem freien Willen steht, auf Grund dieses Beschlusses die Abtretung des Benutzungsrechts fordert, kann ihm diese so lange vorenthalten werden, bis er das Eigenthum erworben bezw. den im Beschlusse festgesetzten Werth desselben bezahlt oder hinterlegt hat. Der Eigenthumserwerb ist nämlich nur eine Bedingung, unter der dem Bergwerksbesitzer das Nutzungsrecht zugesprochen wird.

Wenn bei manchen Fragen es sich vom praktischen Standpunkte gleich bleiben kann, wie sie entschieden werden, wenn nur überhaupt eine endgültige Entscheidung getroffen wird, so möchte dies hier nicht der Fall sein. Es kommen nämlich eine Reihe von sehr wichtigen Folgen in Betracht, welche das Kammergericht anscheinend nicht erwogen hat, und welche die Entscheidung dieses Gerichtshofes als recht bedenklich erscheinen lassen.

Das nach dem Enteignungsgesetze vom 11. Juni 1874 geregelte Verfahren schafft für den Extrahenten ein von allen darauf haftenden privatrechtlichen Verpflichtungen freies Eigenthum (§ 45 des Gesetzes), welches Gesetz ein Verfahren zur Sicherung der an dem Grundstücke Realberechtigten vorschreibt (§§ 24 Abs. 3, 29 Abs. 3). Das nach dem Allgemeinen Berggesetze erfolgende Verfahren nimmt auf die Grundstücksgläubiger keine Rücksicht und hebt die auf dem Grundstücke lastenden Verpflichtungen nicht auf. Diese bleiben bestehen, auch wenn die Zwangsversteigerung zu Eigenthum ausgesprochen wird. Ziehen wir hier an einem Beispiele die praktischen Folgerungen, welche sich bei Annahme der kammergerichtlichen Ansicht und der entgegengesetzten ergeben:

Auf einem Rittergute stehen Hypotheken in Gesammthöhe von dreihunderttausend Mark eingetragen. Der Bergwerksbesitzer verlangt die Abtretung der Benutzung eines Theilstücks, im Werthe von etwa 1000 M., zur Anlegung z. B. einer Briquettesfabrik oder einer Schachtanlage. Der Gutsbesitzer fordert Eigenthumserwerb. Demgemäß erklärt der Beschluß der Enteignungsbehörden den Gutsbesitzer zur Abtretung, den Bergwerksbesitzer zur Eigenthumserwerbung des Theilstücks gegen Zahlung von 1000 M. verpflichtet. Wäre nun, wie dies das Kammergericht annimmt, durch den Beschluß ohne Auflassung das Eigenthum an dem Theilstück auf den Bergwerksbesitzer übergegangen, so müßte er mit diesem und allen

---

[2]) Dies ist allerdings bestritten.

darauf errichteten Anlagen den Hypothekengläubigern des Ritterguts haften (§§ 65, 66 der Grundbuchordnung a. a. O.). Nachdem der Bergwerksbesitzer auf dem Theilstück eine bergbauliche Anlage etwa im Werthe von einer Million Mark errichtet hat, nehmen die Hypothekengläubiger das Theilstück mit der Hypothekarklage in Anspruch. Der Bergwerksbesitzer, der Eigenthümer dieses Theilstücks wäre, müßte, wenn er das Nutzungsrecht an seiner Anlage behalten wollte, die Hypotheken bezahlen und könnte nur an den vielleicht überschuldeten Eigenthümer des Rittergutes seinen Rückgriff nehmen.

Anders stellen sich in diesem Falle die Folgerungen nach der Turnau'schen Ansicht:

Der Bergwerksbesitzer hinterlegt die 1000 M. und richtet an den Grundeigenthümer die Aufforderung, ihm die Errichtung und Benutzung der bergbaulichen Anlage zu gestatten. Weigert sich der Grundeigenthümer, so beantragt und erwirkt er die Besitzeinweisung durch die Enteignungsbehörden. Wendet der Grundeigenthümer ein, daß er zuvor nach dem Enteignungsbeschlusse das Eigenthum erwerben und sich als Eigenthümer des Theilstücks im Grundbuche eintragen lassen müsse, so beseitigt er den Einwand durch den Hinweis auf die Belastung des Grundstücks und die mit Rücksicht darauf erfolgte Hinterlegung der 1000 M. Die Enteignungsbehörden verwerfen den Einwand und vollziehen die Besitzeinweisung. Der Besitzer kommt hierdurch — oder in anderer Weise, mit Willen des Grundeigenthümers — in den Besitz des Theilstücks und errichtet darauf seine Anlage. Eigenthümer dieses Theilstücks ist er nicht geworden, dasselbe wird auch nicht auf ein besonderes Blatt im Grundbuche für ihn eingetragen, sondern gilt noch als rechtlicher Theil des Ritterguts. Der Bergwerksbesitzer ist nur Nutzungsberechtigter an dem Theilstücke, sein Recht an demselben ist das in Abs. 2 § 12 E.E.G. erwähnte. Alsdann haftet das Theilstück selbstredend auch den Hypothekengläubigern des Rittergutes, welche das erstere mit dem letzteren zum Verkaufe bringen können. Hierdurch kann aber nicht die Benutzung der bergbaulichen Anlage dem Bergwerksbesitzer entzogen werden, denn kein Erwerber des Ritterguts, auch nicht der Ersteher im Zwangsvollstreckungsverfahren, kann die Anlage antasten (E.E.G. §§ 12, 47, Ges. vom 13. Juli 1883 § 22 a. a. O.). Jeder muß die Benutzung derselben dem Bergwerksbesitzer gestatten.

Der wichtige Unterschied zwischen der kammergerichtlichen und

der Turnau'schen Ansicht führt sich auf die verschiedene Haftbarkeit des Bergwerksbesitzers zurück, je nachdem dieser als Eigenthümer oder als nur dinglich Berechtigter an dem expropriirten Grundstücke anzusehen ist, nämlich darauf, daß der Bergwerksbesitzer als Eigenthümer eines Grundstücks mit demselben und den darauf errichteten Anlagen voll und ganz den Gläubigern haftet, daß die letzteren auch die Anlagen verkaufen lassen dürfen, daß die Anlagen in das Eigenthum des Grundstückserstehers übergehen und daß der Bergwerksbesitzer diesem gegenüber nicht mehr berechtigt ist, die Anlagen zu benutzen, wohingegen er als bloßer Nutzungsberechtigter die bergbauliche Anlage gegenüber jedem Erwerber fortbenutzen kann.

2. Nach § 24 Abs. 4 des Enteignungsges. vom 11. Juni 1874 ist die Einleitung des Enteignungsverfahrens im Grundbuche zu vermerken. Das Verfahren ist gegen spätere Erwerber des Grundstücks wirksam. Es kann daher dem Extrahenten des Verfahrens nicht schaden, wenn später ein Eigenthumswechsel eintritt. Die nach dem Allgemeinen Berggesetze erfolgte Einleitung des Expropriationsverfahrens wird dagegen nicht im Grundbuche eingetragen. Ziehen wir hieraus die Folgen für den Fall, daß der Grundeigenthümer das Grundstück vor der Rechtskraft des Enteignungsbeschlusses veräußert, nach der kammergerichtlichen und der Turnau'schen Ansicht:

Nach der ersteren würde der Erwerber des Grundstücks durch den ergehenden Enteignungsbeschluß nicht berührt. Denn es giebt keine Rechtsvorschrift, nach welcher der Bergwerksbesitzer ein ihm im Enteignungsverfahren zugesprochenes Eigenthumsrecht an einem Grundstücke ohne Eintragung im Grundbuche auch gegen einen Dritten geltend machen kann, der dieses Eigenthum in der Zwischenzeit nach Einleitung des Enteignungsverfahrens bis zur Rechtskraft des Enteignungsbeschlusses erworben hat. Bei Zugrundelegung der kammergerichtlichen Ansicht hat es hiernach jeder Grundeigenthümer in seiner Hand, das Enteignungsverfahren und die Thätigkeit der Enteignungsbehörden beliebig dadurch zu vergeblichen zu machen, daß er den Eigenthumserwerb an dem zur Benutzung begehrten Grundstücke fordert und in der Zeit zwischen Einleitung des Verfahrens bis zur Rechtskraft des Beschlusses das Eigenthum veräußert. Daß hierdurch die Absicht des Gesetzes vereitelt werden kann, liegt um so offener zu Tage, weil auch der nächste Erwerber des Grundstücks, wenn gegen ihn ein Nachtragsverfahren eingeleitet würde, das Beispiel seines Eigenthumsvorgängers nur nachzuahmen

braucht. Anders stellen sich die Folgen nach derjenigen Ansicht, welche das Eigenthum nicht schon durch den Enteignungsbeschluß übergehen läßt und nach welcher dieser in allen Fällen zunächst nur die Bestellung eines Nutzungsrechts bedeutet. Wenn der Grundeigenthümer nach Einleitung des Enteignungsverfahrens oder gar nach Erlaß des Enteignungsbeschlusses das Eigenthum einem Dritten auflassen würde, so dürften die Enteignungsbehörden kein Bedenken tragen, den Bergwerksbesitzer nach der Rechtskraft des Beschlusses in den Besitz einzuweisen, und derselbe könnte dann gemäß § 12 Abs. 2 des E.E.G. sein Nutzungsrecht gegen jeden Erwerber des Grundstücks geltend machen. Die Verschiedenheit der Folgen führt sich darauf zurück, daß der angezogene § 12 Abs. 2 gewissen Nutzungsrechten, nicht aber Eigenthumsrechten Wirksamkeit gegen Dritte ohne Eintragung im Grundbuche beilegt.

3. Nach dem Enteignungsgesetze vom 11. Juni 1874 ist eine Klage auf Rückgängigmachung der Enteignung nach Erlaß des Enteignungsbeschlusses gänzlich unstatthaft. Selbst der wegen der Festsetzung der Entschädigung und der Kaution zugelassene Rechtsweg (§§ 31, 32, 7 bis 13) ist regelmäßig nach der Enteignungserklärung ausgeschlossen (§ 34).

Das Allgemeine Berggesetz läßt dagegen nicht nur den Rechtsweg wegen der Entschädigung und der Kaution auch nach dem Enteignungsbeschluß in allen Fällen zu (§§ 145, 146), sondern gestattet in den Fällen des § 136 Abs. 2 und wegen eines speziellen Rechtstitels eine Klage auf Rückgängigmachung der Enteignung binnen dreißig Jahren, trotz des etwa ergangenen Enteignungsbeschlusses. Ebenso gestattet das Allgemeine Berggesetz eine Klage darüber, ob die Abtretung zu Eigenthum mit Recht oder Unrecht gefordert werden kann, auch nach Erlaß des Enteignungsbeschlusses[3]). Es wird kaum des Nachweises bedürfen, daß, wenn das Eigenthum durch den Enteignungsbeschluß übergehen würde, in Folge der Statthaftigkeit des Rechtsweges über die Eigenthumsfrage Verwickelungen und Verdunkelungen entstehen können. Auch hier mag ein Beispiel angeführt werden:

Der Bergwerksbesitzer verlangt die Abtretung der Nutzung eines Grundstücks für eine bergbauliche Anlage. Der Grundeigenthümer

---

[3]) § 136 Abs. 2 des Allgemeinen Berggesetzes. (Die nähere Begründung, die Praxis und die Literatur in meinem Kommentar. 2. Aufl. S. 147—154.)

bestreitet prinzipaliter seine Verpflichtung zur Abtretung mit der Behauptung, daß das Grundstück den eingefriedigten Hofraum für ein Wohn-, Wirthschafts- aber Fabrikgebäude darstelle, oder mit einem Wirthschaftgebäude bebaut sei, fordert indeß eventualiter, daß der Bergwerksbesitzer das Eigenthum erwerbe. Die Enteignungsbehörden beschließen etwa mit Rücksicht darauf, daß die Einfriedigung oder Bebauung des in Anspruch genommenen Grundstücks erst nach Einleitung des Enteignungsverfahrens vorgenommen sei, den Grundeigenthümer zur Abtretung und mit Rücksicht auf das darauf gerichtete Verlangen des Grundeigenthümers sowie die Dauer der bergbaulichen Benutzung den Bergwerksbesitzer zum Eigenthumserwerbe zu verurtheilen.

Ginge nun das Eigenthum ohne Weiteres auf den Bergwerksbesitzer über, so könnte derselbe die Klage des Grundeigenthümers auf Rückgängigmachung der Enteignung durch Veräußerung oder Belastung des Eigenthums unwirksam machen. Geht dagegen Eigenthum nicht über, so wird der Grundeigenthümer, so lange er noch die Betretung des Rechtsweges wegen der Abtretungspflicht beabsichtigt, die Auflassungserklärung nicht abgeben und nur die Benutzung nach Hinterlegung der für den Grundstückserwerb festgesetzten Entschädigung gewähren. Es ist ihm alsdann unbenommen, dahin klagbar zu werden, daß der Bergwerksbesitzer (trotz des Enteignungsbeschlusses) nicht berechtigt sei, die Abtretung zu verlangen, und daß derselbe daher schuldig, sich jeder Benutzung des Grundstücks zu enthalten.

4. Ein Grundprinzip unseres Grundbuchrechts ist die Erkennbarkeit. Dieses Prinzip wird nach dem Ges. v. 11. Juni 1874 dadurch gewahrt, daß Einleitung, Beendigung und Wirkung des Enteignungsverfahrens auf behördlichen Antrag, von Amtswegen im Grundbuche vermerkt werden. Nichts hiervon geschieht bei der bergrechtlichen Enteignung. Sollte daher mit der Rechtskraft des Enteignungsbeschlusses Eigenthum ohne Weiteres übergehen, so könnte, da ein Zwang zur Berichtigung des Grundbuchs nicht besteht, es leicht geschehen, daß in den Montandistrikten die publica fides des Grundbuchs und das Vertrauen auf dessen Richtigkeit verschwinden.

Die vorgetragenen Gründe außer manchen anderen dürften genügen, um die Bedenklichkeit der kammergerichtlichen Entscheidung erkennbar zu machen und eine nochmalige, eingehende Prüfung des Gegenstandes wünschenswerth erscheinen zu lassen.

4.
Die Vorrechtseinräumung in ihrer Wirkung auf den persönlichen Anspruch des Hypothekengläubigers.
(Nach preußischem Landrecht.)

Von Herrn Dr. jur. Dungs, Amtsrichter in Oranienburg.

Der Hypothekengläubiger, welcher einem Anderen das Vorrecht einräumt, führt hierdurch vielleicht seinen Ausfall bei der Zwangsversteigerung herbei, setzt jedenfalls sich außer Stand, dem persönlichen Schuldner gegen Zahlung seiner Forderung dasjenige zu gewähren, was dieser ohne die Einräumung erlangt hätte. Kann er dennoch unbeirrt den persönlichen Anspruch erheben? Die Tragweite dieser Frage wird in folgenden Beispielen näher treten:

1. Auf meinem Grundstück habe ich zwei Darlehnshypotheken von je 10000 M. eintragen lassen. Der erste Gläubiger tritt sein Vorrecht dem zweiten ab. Hier, scheint es, ändert sich für mich nichts. Nach wie vor habe ich für eine Schuldenlast von 20000 M. mit dem Grundstück und meinem sonstigen Vermögen einzustehen.

2. Ich habe auf meinem Grundstück ein Restkaufgeld von 10000 M., sodann zu gleichem Betrage für mich eine Grundschuld eintragen lassen; die letztere trete ich einem Anderen ab. Bei der Zwangsversteigerung fällt unter Befriedigung der Grundschuld der Hypothekar in Folge davon aus, daß er dem Grundschuldgläubiger seinen Rang abgetreten hat. Ich werde auf die persönliche Kaufgeldschuld belangt. Muß ich zahlen? Dann habe ich das Grundstück und 10000 M. verloren. Ohne die Rangveränderung wäre die Hypothek zur Hebung gelangt, die Grundschuld ausgefallen; ich hätte nur das Grundstück verloren.

3. Bei dem Verkaufe eines Grundstücks habe ich die erste Hypothek, für die ich persönlich hafte, vom Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis übernehmen lassen. Der Käufer nimmt noch eine zweite Hypothek auf. Der erste Gläubiger räumt dieser letzteren sein Vorrecht ein und fällt bei der Zwangsversteigerung aus, während er ohne den Tausch des Pfandrangs zur Hebung gelangt wäre. Er nimmt mich als Schuldner in Anspruch. Ich müßte eine Schuld zahlen, von der ich, wäre die Priorität nicht abgetreten, ohne Opfer frei geworden wäre, und hätte nur den inhaltlosen Rückgriff gegen einen unvermögenden Käufer.

Wer sich mit solchen Folgen nicht befreunden mag, wer da

meint, es könne nicht eine bloß thatsächliche Verknüpfung sein, der es der Schuldner verdankt, den doppelten Betrag zahlen zu müssen, es müsse vielmehr sein Interesse, daß die ihn treffende Schuld aus dem Grundstücke getilgt werde, rechtlichen Schutz genießen, der wird der Prüfung näher zu treten haben, inwieweit die Vorrechtseinräumung ein willkürlich zu handhabendes Recht des Gläubigers sei, inwieweit sie in Widerstreit trete zu den Pflichten des letzteren gegenüber seinem persönlichen Schuldner.

In den sechzehn ersten Bänden der Sammlung seiner Entscheidungen hat das Reichsgericht vier Urtheile veröffentlicht, welche die aufgeworfene Frage theils behandeln theils streifen. Die Gesichtspunkte, unter denen der Gerichtshof die Zweifelspunkte sieht, sind mannigfacher Art, zum Theil sich widersprechend.[1]) Sie bieten

---

[1]) Der Inhalt der Entscheidungen läßt sich dahin skizziren:

1. Bd. 6 S. 307. Hier ist nur gesagt: der Gesammthypothekar, der auf einem Grundstück die Priorität aufgegeben hat und in Folge davon ausgefallen ist, muß sich behandeln lassen, wie, wenn — in der Person des Vorgerückten — er zur Hebung gekommen wäre. Also ist seine Hypothek auch auf den mitverhafteten Grundstücken erloschen.

2. Bd. 9 S. 250. Gegen die dingliche Klage kann — da persönliche Beziehungen fehlen — aus der Vorrechtseinräumung ein Einwand nicht genommen werden.

a) Es bleibt dahingestellt, ob der Eigenthümer die nach § 35 des Eig.Erw.Ges. — ohne seine Zustimmung — vorgenommene Handlung (Vorrechtseinräumung) gegen sich gelten lassen muß.

b) Wäre die Einräumung für den Eigenthümer unverbindlich, so wäre die Folge, daß er, wenn er die Hypothek durch Zahlung erworben, den Vermerk der Prioritätsabtretung löschen lassen könnte.

c) § 63 des Eig.Erw.Ges. beruht nicht auf der Natur des gegebenen Rechtsverhältnisses und ist erschöpft in der Verpflichtung zur Abtretung.

3. Bd. 12 S. 203 behandelt wieder den Fall, daß der Gesammthypothekar, nachdem er zufolge Vorrechtseinräumung bei einem Grundstück ausgefallen, gegen den Besitzer des anderen die Pfandklage anstellt.

a) Es wird verneint, daß durch den Prioritäts-Zessionar der Zedent zur Hebung komme.

b) (S. 213). Das Interesse des Pfandschuldners, die Hypotheken in der ursprünglichen Reihenfolge befriedigt zu sehen, begründet nicht eine Beschränkung des Gläubigers in der Verfügung über sein Vorrecht. Der Schuldner kann nicht hindern, daß der Korrealpfandgläubiger auf sein Pfandrecht — also auch nicht, daß er auf sein Vorrecht — an dem einen Grundstück verzichtet und dadurch nachstehende — sonst nicht gedeckte — Gläubiger zur Hebung bringt.

4. Bd. 16 S. 244. Die Hypothek war in Folge Vorrechtseinräumung ausgefallen. Verklagt wurde der Zwischeneigenthümer, der sie — vor dem 1. Okto-

nicht die Grundlage zu einer festen Praxis, sondern nur die Anregung zu weiterer Erörterung. Zu diesem Behufe seien hier zwei Fälle unterschieden:

1. der, daß die zurücktretende Hypothek auf dem eigenen Grundstücke des verklagten Schuldners,
2. der, daß sie auf dem Grundstücke eines Anderen steht bezw. gestanden hat.

I. Abschnitt.

Der Schuldner ist der Eigenthümer des Pfandgrundstücks.

Der Fall, den wir voraussetzen, ist der, daß auf einem Grundstücke eine Post an erster Stelle steht, für welche der Eigenthümer persönlich haftet, an zweiter eine solche, die ihn persönlich nicht trifft, daß der vorstehende Gläubiger dem anderen den Vorrang eingeräumt hat und den Eigenthümer persönlich in Anspruch nimmt. An der Erkenntniß, daß in solchen wie in anderen Fällen es zur schwersten und durch nichts gerechtfertigten Schädigung des Eigenthümers führen kann, wenn er den Gläubiger befriedigen und doch dessen Vorrechtseinräumung auch gegen sich gelten lassen muß, fehlt es nicht.[2]) Dürfen wir annehmen, daß letztere Voraussetzung nicht zutrifft, daß der Eigenthümer an die Einräumung nicht gebunden ist?

Es ist hier nicht die Frage, ob der Eigenthümer die zurückgetretene Hypothek löschen lassen kann.[3]) Damit ist ihm häufig

---

der 1872 — in Anrechnung auf den Preis übernommen hatte. Die Klage wurde zugelassen.

a) Der Prioritätszedent kommt nicht in der Person des Zessionars zur Hebung.
b) Die Rechtslage des Bürgen, der für eine fremde Schuld haftet, ist eine andere.
c) Es bleibt dahingestellt, ob der § 41 Abs. 2 des Eig.Erw.Ges. eine Aenderung des Rechtszustandes bewirkt hat.
d) In der Entsagung des Pfandrechts liegt kein Verzicht auf die Forderung, also auch nicht in der Entsagung des Vorrechts.
e) Es ist rechtsirrthümlich, daß der persönliche Anspruch durch die clausula doli generalis ausgeschlossen werde, weil der Einräumende durch eigene Unvorsichtigkeit seine Sicherheit geschmälert habe. Er hat sich nicht verpflichtet, die Sicherheit nicht zu verändern. In Ermanglung solchen Vertrages liegt in der Aufgabe des Pfandrechts keine kulpose oder dolose Handlung, kein Verstoß gegen Treu und Glauben.

[2]) Vgl. z. B.. Strohal, Prioritätsabtretung S. 58; Paris, Prioritätsabtretung S. 21 ff. (S. 22: „eine gesetzliche Sanktion des Diebstahls“).

[3]) Dies nimmt die preußische Praxis, die an der obligatorischen Auffassung der Vorrechtseinräumung wesentlich festhält, allgemein an.

nicht geholfen, niemals, wenn die vorgetretene Hypothek die nächststehende ist. Es fragt sich, ob er über die Eigenthümerhypothek ohne Rücksicht auf die Einräumung, mit ihrem ursprünglichen Range, auf Grund der Quittung verfügen kann.

Es ist auch nicht die Frage, ob die nicht eingetragene Vorrechtseinräumung den Eigenthümer bindet. Ob eine solche gegenüber den Sondernachfolgern wirksam sei, soweit sie ihnen bekannt war,[4]) ist für uns belanglos. Es fragt sich, ob die Vorrechtseinräumung, welche die Sondernachfolger bindet, auch Geltung beansprucht für den Eigenthümer, der die Post durch Zahlung erworben hat.

Der Ausweg, eine solche Gebundenheit des Eigenthümers an die Einräumung zu verneinen, ist versucht worden;[5]) allein er scheint mir verschlossen, gleichviel wie man die Vorrechtseinräumung,[6]) gleichviel wie man die Hypothek des Eigenthümers juristisch auffaßt.

Denn auch wer meint, es habe die Vorrechtseinräumung lediglich obligatorische Wirkung, ist gebunden an den Rechtssatz, daß sie — zum wenigsten wenn eingetragen — diese Wirkung gegen jeden Rechtsnachfolger des Einräumenden ausübt. Wie man diese erstreckte Wirkung konstruiren will, kann hier dahinstehen. Es genügt, daß kein Rechtsnachfolger über die Hypothek verfügen kann ohne die Beschränkung, welche aus der Einräumung folgte. Denn unter den Gesichtspunkt der Rechtsnachfolge fällt weiter auch die Hypothek des Eigenthümers. Dies ist ohne Weiteres klar, wenn man sie auffaßt als die im Pfandrecht fortbestehende persönliche Forderung. Es erhellt nicht minder, sofern man sie als das trotz Wegfalls der persönlichen Forderung weiter bestehende Pfandrecht erklärt; denn offenbar mit diesem, in welches der Eigenthümer nachfolgt, und nicht mit der Forderung ist jene Beschränkung verbunden, welche die Prioritätseinräumung mit sich bringt. Es führt aber auch die Aufstellung, vermittelst der Hypothek des Eigenthümers begründe der letztere nach Untergang von Schuld und Pfandrecht eine neue Hypothek, nur mit dem alten Rangrechte, zu

---

4) Verneint von Paris a. a. O. S. 5—15, bejaht vom Reichsgericht Bd. 15, S. 264.

5) Paris a. a. O. S. 25—37 und — in beiläufiger Aeußerung — das Reichsgericht Bd. 9 S. 252.

6) Eine Darstellung der Ansichten über dieselbe giebt Küntzel in den Beiträgen Bd. 26 S. 70—99. — Ferner Paris S. 63 ff.

keinem abweichenden Ergebniß. Denn das preußische Recht hat kein durchgeführtes Pfandstellen-System; an die Stelle der gelöschten rückt ohne Weiteres die nächste Hypothek. Mithin läßt jene Annahme, soll sie mehr sein als eine Phrase, nur darauf sich stützen, es sei der Rang ein zwar mit der Hypothek verbundener, doch an sich selbständiger, daher trotz Fortfall des Pfandrechts fortbestehender Vermögenswerth. Dann ist nicht abzusehen, wie der letztere ein anderer sein soll in der Hand des Eigenthümers als er es vorher war in der des Gläubigers. Sonach folgt der Eigenthümer dem abgefundenen Gläubiger in diesen Werth nach, wenn schon nicht in Forderung und Pfandrecht. Eben auf jenen Werth aber, den Rang, bezieht sich die Prioritätseinräumung, mit ihm also muß die Beschränkung verbunden sein, welche die letztere auch für den Rechtsnachfolger unmittelbar herbeiführt, und der Eigenthümer kann daher nicht in den Rang nachfolgen, ohne daß jene Beschränkung sich auch gegen ihn wirksam erwiese.

Ich nehme hiernach an, daß die Vorrechtseinräumung, wenn gegen den Sondernachfolger, dann auch gegen den Eigenthümer wirksam ist; nur mit dieser Beschränkung darf er, falls er nicht zur Löschung schreiten will, über die Hypothek verfügen, über welche ihm der Gläubiger quittirt hat. Und es erhebt sich sonach die Frage, ob der Eigenthümer dem Gläubiger zahlen muß, trotzdem daß dieser ihm die Hypothek nur mit jener Maßgabe gewähren kann.

Dieser Zweifel erledigt sich nicht aus § 63 des Gesetzes vom 5. Mai 1872. Dieser sagt, daß der befriedigte Gläubiger die Hypothek zu gewähren hat, wie sie ist; er sagt nicht, daß er sie gewähren muß, wie sie früher war. Nicht minder bedeutungslos aber ist für unsere Frage der § 35 ebenda.[7]) Dieser Paragraph setzt es als Inhalt des hypothekarischen Rechtes, daß der Gläubiger legitimirt sei, ohne Einspruch des Eigenthümers sein Vorrecht einzuräumen. Was aber die bewirkte Einräumung für **Folgen** nach sich zieht für das Rechtsverhältniß des Gläubigers zu dem Schuldner, darüber schweigt er. Das, wenn irgend etwas in dieser Lehre, sollte unbestritten sein. Der § 35 wie der § 36 enthalten **Grundbuchrecht**, formales Recht. Nicht dieses, sondern das allgemeine bürgerliche Recht entscheidet darüber, was für Ansprüche sich ergeben

[7]) Dies ist dahingestellt vom Reichsgericht in der Entsch. Bd. 9 S. 251. Dagegen wird der § 35 verwerthet in der Entscheidung, über die Paris a. a. O. S. 4 berichtet.



aus den persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und und Schuldner.

Die aufgeworfene Frage schränkt sich hiernach weiter dahin ein, ob nach diesem persönlichen Rechtsverhältniß ein Recht des Gläubigers, sein Vorrecht einem Anderen abzutreten, annehmbar ist.

Dieses Verhältniß kann beruhen entweder auf Begründung der Hypothek durch den Eigenthümer bezw. seinen Erblasser oder auf Sondernachfolge in die Hypothekenschuld. Es sei hier zunächst das erstere vorausgesetzt.

Durch die Begründung der Hypothek erwächst dem Gläubiger die Pflicht zu eventueller Rückgewähr derselben. Die Rückgewährspflicht bei Tilgung der Pfandschuld ist im Allg. Landrecht für das Faustpfand festgestellt (I. 20 §§ 159, 188). Ihre Anwendung auf Hypotheken ist bestritten,[8]) doch, wie ich meine, darum nicht minder sicher. Wenn ich meinem Gläubiger zu mehrerer Sicherung eine Hypothek zedire oder einen Wechsel gebe, so muß er, will er aus der materiellen Schuld klagen, Rückgabe der Hypothek bezw. des Wechsels erbieten. Allgemein gesagt: der alternativ berechtigte Gläubiger muß, um das eine Recht durchzuführen, das andere zurückgewähren, sofern es durch die Erfüllung des ersteren nicht von selbst erlischt. Er hat in dem zweiten Recht einen Werth aus dem Vermögen des Schuldners, dessen Rückgabe dieser zu verlangen hat, wenn er die Schuld tilgt, deren Bestand allein die Hingabe jenes Werthes bedingte. Daß dies auch auf die Hypothek zutrifft, die ich meinem Gläubiger bestellte, wird nicht abzuweisen sein.

Genügt nun der Gläubiger der Rückgewährspflicht, wenn er die Hypothek mit verschlechtertem Range abtritt? So viel ist sicher: wenn die Hypothek ein verkörperter Theil des Grundstückswerthes ist, so ist dieser Theilwerth ein sehr verschiedener, je nach der Sicherheit der Hypothek. Und es ist dann keine von vornherein zu bejahende Frage, ob der Gläubiger dem Eigenthümer Genüge thut, wenn er ihm einen geringeren Werth — denn für die wirthschaftliche Betrachtung jedenfalls ist sie ein geringerer — zurückgiebt, als er erhalten.

Die Bedingungen für die Entscheidung sind sehr verschiedene nach dem reinen römischen und dem heutigen Recht. Nach dem ersteren — von den Ansätzen zum Pfandrecht an eigener Sache sei

[8]) Entsch. des Obertribunals Bd. 9 S. 257.

hier abgesehen — bewirkt die Tilgung der Pfandschuld das Erlöschen des Pfandrechts und das Vorrücken der späteren Pfandrechtsinhaber. Diese — nicht der Pfandschuldner — erlangen den frei gewordenen Grundstückswerth, der sich in der getilgten Hypothek verkörperte. Wie Gesammtberechtete, also stehen die Hypothekengläubiger gegenüber dem Eigenthümer. Ein Jeder hat — bis zum Belaufe seiner Forderung — soviel Recht auf den Werth des Pfandes, wie ihm die Anderen nicht nehmen. Auf den Grundstückswerth erst, der nach ihrer Aller Befriedigung sich als frei ergiebt, hat der Eigenthümer Anspruch. Bei dieser Regelung ist die Vorrechtseinräumung nichts, was den Schuldner berührte.

Mit der Anerkennung der Hypothek des Eigenthümers ist dies gänzlich geändert. Sie begründet bei dem Eigenthümer die Zuversicht, er werde bei Tilgung der Hypothek, die er aufnimmt, eben den Theil des Grundstückswerthes zu seiner Verfügung erlangen, den diese Hypothek darstellt. Sie nimmt späteren Hypothekengläubigern jeden Anlaß, mit der Aussicht zu rechnen, es werde die Befriedigung eines vorstehenden Pfandinhabers für sie ein Aufrücken, eine erhöhte Sicherheit, herbeiführen. Dem Eigenthümer, welcher spätere Hypotheken aufnehmen will, tritt in der mit Kosten verbundenen Schwierigkeit, Darleiher zu finden, in dem höheren Zinssatz, dem „Damno", sehr fühlbar nahe, daß der Gläubiger eben nur mit dem Werthe rechnet, der ihm verpfändet wird, und nicht, auch nicht eventuell mit dem, der in den vorstehenden Hypotheken steckt. Auf der anderen Seite regelt der Schuldner seine Kreditbeziehungen in Hinblick auf die ihm gewährte Möglichkeit, durch Befriedigung eines Gläubigers eben dessen Hypothek zu seiner Verfügung zu erlangen. Danach wird er namentlich über die Frage, inwieweit die Kündbarkeit der Hypotheken hinauszuschieben, sich schlüssig machen. Er wird, wenn er zur Verbesserung des Grundstücks eine spätere Hypothek aufnimmt, in Betracht nehmen, daß dieser Kredit wirthschaftlicher Weise einem erst zukünftigen Werthe des Grundstücks entspricht, daß er nicht früher, als die Verbesserung sich zu einem wirthschaftlichen Gute verwirklicht hat, entzogen werden darf, daß dagegen die erste Hypothek, weil einen bereits gegenwärtigen, völlig sicheren Werth darstellend, jederzeit anderweitig untergebracht werden kann.

Nun ist eins von zweien möglich: Die so geschaffene Sachlage ist eine rein thatsächliche Folge oder sie ist eine gesetzlich geregelte, also geschützte. Im ersten Falle steht es dem vorstehenden Hypotheken-

gläubiger zu, sein Vorrecht einem späteren zu übertragen und dennoch den Schuldner auf Zahlung zu belangen. Dann ist freilich die Erwartung getäuscht, mit welcher der Schuldner gerechnet hat, und der spätere Gläubiger hat zu seiner Sicherheit einen Werth, auf den er sich niemals Aussicht machte. Dann war freilich die Hypothek des Eigenthümers — eingeführt in der ausgesprochenen Absicht, die Grundkreditverhältnisse zu heben — nur ein Danaergeschenk.

Zu dieser Auffassung kann ich mich nicht entschließen. Das Gesetz schuf die Hypothek des Eigenthümers und damit einen Faktor, der für die Interessenten mitbestimmend ist für die Regelung der Kreditnahme und Kreditgewähr. Es kann nicht die einseitige Willkür eines Interessenten sein, diesen Faktor nachher hinwegzuräumen. Denn diese Bedeutung würde im Ergebniß die Vorrechtseinräumung oft genug haben. Es ist recht und nicht bloß billig, daß dem Schuldner die Erfüllung der Bedingungen gewährleistet wird, welche aus dem gesetzlichen Pfandsysteme folgen und nach denen er seine Kreditbeziehungen ordnen mußte. Mit a. W.: dem Eigenthümer erwächst aus der Begründung einer Hypothek das Recht, bei Tilgung der Pfandschuld den in sie gelegten Werth — d. h. die Hypothek mit unvermindertem Range — zurückzuerhalten; es ist dies keine bloße Erwartung, deren Eintreffen die Willkür des Gläubigers vereiteln darf.

Es folgt sonach, wie ich annehme, aus dem Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Eigenthümer, der ihm die Hypothek bestellt hat, die Verpflichtung des ersteren, gegen Zahlung der Schuld die Hypothek, im Range unverkürzt, zurückzugewähren. Daraus ergiebt sich, daß gegen den persönlichen Anspruch des Gläubigers, der das Vorrecht eingeräumt hat, an und für sich stets eine Einrede begründet ist, welche den Antrag auf Klagabweisung rechtfertigt. Inwieweit hiergegen eine Replik Platz greift, wird gleich zu erörtern sein.

Die Rechtslage ändert sich nicht, sofern der Beklagte nicht der Besteller der Hypothek, sondern in dessen Schuld durch Verrechnung der Hypothek auf den Kaufpreis eingetreten ist. Denn indem das Gesetz hieraus ohne Weiteres dem Gläubiger die persönliche Klage gewährt auch gegen den Erwerber, läßt es den letzteren in das persönliche Rechtsverhältniß, also wie in die Schuld so auch in die Einreden nachfolgen.[9])

---

[9]) Die verschiedene Art, in der man das Klagrecht des § 41 des Gesetzes

Nur beiläufig sei darauf hingewiesen, daß, wo jenes persönliche Rechtsverhältniß vorliegt, auch gegen den dinglichen Anspruch die Einrede Platz greift, mag derselbe neben dem persönlichen erhoben werden oder unter Abstandnahme von letzterem.

Bisher ist vorausgesetzt, die Hypothek, deren Vorrecht eingeräumt worden, bestehe noch. Sie kann jedoch bereits in der Zwangsversteigerung ausgefallen und nunmehr die persönliche Klage angestellt sein. Die Hypothek, die der Gläubiger unvermindert zurückzugewähren hatte, besteht hier nicht mehr. Kann der Kläger sich darauf stützen, er brauche nicht zu gewähren, was nicht mehr vorhanden sei? Nicht auf diesem thatsächlichen dinglichen Bestande beruht die Rückgewährspflicht, sondern auf einer durch das Pfandvertragsverhältniß gegebenen persönlichen Obligation. Von dieser wurde der Kläger frei, sofern er das Pfandrecht realisirte so, wie er befugt war, und dabei ausfiel. Anders, wenn die Hypothek erlosch in Folge einer freien Handlung des Gläubigers, zu der — im Verhältniß zum Pfandschuldner — er nicht befugt war. Und dies trifft zu, wenn er ohne Zustimmung des Schuldners mit seiner Hypothek im Range zurückgetreten und nur in Folge davon bei der Zwangsversteigerung ausgefallen ist. Auch hier also steht dem persönlichen Anspruch die Einrede entgegen. Auf die Meinung derer, die — in angeblicher Folgerung aus der obligatorischen Natur der Vorrechtseinräumung — den Prioritätszedenten als den wahren Hebungsempfänger bei der Zwangsversteigerung ansehen, brauchen wir hier nicht zurückzugreifen.

Bisher ist die Feststellung versucht, wo die Einrede des Pfandschuldners aus der Vorrechtseinräumung an sich begründet ist. Daß sie stets alsdann auch durchgreife, ist damit nicht gefordert. Nehmen wir an, es habe bei zwei völlig gleichen Hypotheken, für welche beide der Eigenthümer auch persönlich haftbar ist, der erste Gläubiger dem zweiten das Vorrecht eingeräumt und, nachdem bei der Zwangsversteigerung seine Hypothek ausgefallen, die zweite zur Hebung gelangt ist, den persönlichen Anspruch erhoben. Hier hat

---

vom 5. Mai 1872 begründet, ändert übrigens an dem Ergebniß — der Zulässigkeit der hier fraglichen Einrede — nichts. Auch angenommen, der Gläubiger klage aus einer Ueberweisung der Kaufgeldforderung, stände ihm doch entgegen, daß er sich außer Stand gesetzt, die unverkürzte Hypothek dem zurückzugeben, dem das Recht auf die Rückgewähr durch die Verrechnung auf den Kaufpreis abgetreten ist.



der Kläger durch Vermittelung eines ihm gewährten Vermögenswerthes — des Vorrechtes seiner Hypothek — die Schuld des Beklagten an den zweiten Gläubiger getilgt, eine Schuld, die sonst nicht aus dem Grundstück — denn die zweite Hypothek hat sich ja als werthlos herausgestellt — sondern aus dem sonstigen Vermögen des Beklagten zu befriedigen war. Eine Einrede, gestützt auf die Vorrechtseinräumung, wäre hier eine Chikane. Und es spricht gegen die vorher berührte potenzirt obligatorische Auffassung der Vorrechtseinräumung, daß sie diese Chikane zulassen müßte. Ihr zufolge würde es eben der Anspruch des klagenden Gläubigers sein, der durch die Hebung getilgt wäre; nur die ihm abgetretene Forderung des zweiten Gläubigers dürfte er geltend machen. Sieht man von jener Konstruktion ab, nimmt man an, daß es die zweite, vorgetretene Hypothek ist, die zur Hebung gelangte, so ist die Rechtslage die folgende. Der Einrede des Beklagten, der Kläger habe durch die unbefugte Vorrechtseinräumung sowohl seine Befriedigung aus dem Grundstück, wie die Erfüllung seiner Rückgewährspflicht vereitelt, stellt der Kläger die Replik entgegen, daß er den Vermögenswerth, welchen er dem Beklagten zu gewähren hatte, in der That dem Vermögen des letzteren zugeführt, daß er nämlich damit eine Schuld des Beklagten — die an den zweiten Hypothekengläubiger — getilgt habe. Diese Entgegnung beseitigt die Einrede nicht substanziell, allein sie greift durch als eigentliche Replik. Sie fällt unter den Rechtsbehelf, daß der Anspruch meines Gegners — hier die Einrede — dahin führen würde, ihn mit meinem Schaden ungerechtfertigt zu bereichern. Insofern es ein eventuell zu erhebender Anspruch — nämlich aus der ungerechtfertigten Bereicherung — ist, der hier vertheidigungsweise — replizirend — vom Kläger geltend gemacht wird, stützt sich derselbe im letzten Grunde mit Fug auf den Rechtssatz: dolo facit, qui petit quod redditurus est.

So aufgefaßt, wird die Replik da stets durchgreifen, wo der Beklagte, wie für die zurückgetretene, so auch für die vorgetretene Hypothek persönlich haftbar ist.

Sie ist aber auch wirksam, wenn mit der zweiten — vorgerückten — Post ein persönlicher Anspruch gegen ihn nicht verbunden war, sofern nur im Ergebniß er dennoch für diese Post mit seinem Vermögen hätte aufkommen müssen: also dann, wenn er dem persönlichen Schuldner dieses zweiten Gläubigers regreßpflichtig ist.

Wir haben weiter zu prüfen, ob die Replik auch da zu begründen ist, wo die zurückgetretene Hypothek einen Ausfall noch nicht erlitten hat. Es klagt der Gläubiger, der das Vorrecht eingeräumt hat, den persönlichen Anspruch ein, während seine Hypothek noch besteht.

Setzen wir voraus, es seien die vorgetretene und die andere Hypothek in ihren Nebenbestimmungen ganz gleicher Art, so liegt ein Grund zur Versagung des persönlichen Anspruchs dann wiederum nicht vor, wenn auch die vorgetretene Post jedenfalls aus dem Vermögen des Beklagten zu decken war, sei es, daß er auch für diese persönlich, oder daß er direkt für sie nur dinglich haftbar, doch aber für ihren Werth regreßpflichtig war. Und nicht minder erscheint jene Versagung da grundlos, wo die zweite Post — auch ohne die Vorrechtseinräumung — auf dem Grundstück offenbar sicher stand. Wenngleich der Beklagte für sie in keiner Weise persönlich haften mag, wäre sie dann — auch ohne die Rangveränderung — aus seinem Vermögen, nämlich aus dem Grundstück, gedeckt worden. Ueberall, in den Fällen der letzteren wie der ersteren Art, ist in der Vermögenslage des Beklagten durch die Vorrechtseinräumung zu seinem Nachtheil gar nichts geändert, wenngleich er die zurückgetretene Post einzulösen gezwungen wird.

Wir werden mithin, sofern der Beklagte die Einrede erhebt, der Kläger könne ihm die Hypothek nicht unverkürzt zurückgewähren, die Replik zu begründen versuchen. Dieselbe ist schließlich überall die gleiche. Da, wo die zurückgetretene Hypothek nun nicht mehr sicher steht, ist zu repliziren, zwar nicht, — wie nach durchgeführter Subhastation — daß der Kläger vermittelst der Vorrechtseinräumung die Schuld des Beklagten an den vorgerückten Gläubiger getilgt habe, wohl aber, daß dieser Erfolg bestimmt eintreten werde: durch die Vorrechtseinräumung ist die — sonst unsichere — Befriedigung des vorgetretenen Gläubigers als eine gewisse ursächlich gegeben.

Da, wo die Hypothek trotz des Zurücktretens noch durchaus sicher steht, wird sich der Gläubiger darauf stützen, daß für den Beklagten eine Veränderung in der Rechtslage überhaupt nicht eingetreten ist. Es liegt daher kein Grund vor, dem Gläubiger den persönlichen Anspruch zu entziehen, den Beklagten von der persönlichen Schuld zu befreien. So ist es denn wieder der Rechtssatz der ungerechtfertigten Bereicherung, der die Replik begründet: der

Beklagte, dessen Rechtslage durch die Vorrechtseinräumung in keiner Weise berührt ist, würde aus dieser rein formalen Veränderung, vermittelst der Einrede, einen — sonach ungerechtfertigten — Vortheil erwirken zum Nachtheil des Gläubigers.

Alles dies aber gilt nur dort, wo die beiden Hypotheken in ihren Nebenbestimmungen wesentlich gleichartig sind, also sich vertretende Werthe darstellen. Wo dies nicht der Fall, — die vorgetretene Hypothek einen höheren Zinssatz hat, vielleicht auf lange Jahre unkündbar steht — könnte es für den Beklagten von erheblichsten Nachtheilen sein, müßte er die zurückgetretene Post ohne Weiteres einlösen, gleichviel ob sie noch völlig sicher steht bezw. er auch für die vorgetretene persönlich haftbar ist. Die Einrede ist an sich aus der vereitelten Rückgewähr begründet; es ist Sache der Replik darzulegen, ob und wieweit das Ergebniß der Vorrechtseinräumung für den Beklagten mit Nachtheil nicht verbunden ist. Nur insoweit greift dann gegenüber der Einrede der Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung durch.

II. Abschnitt.
Der Schuldner ist nicht Eigenthümer des Pfandgrundstücks.

Ich habe mein Grundstück verkauft, der Käufer hat die darauf lastende Hypothek, für welche ich persönlich hafte, in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen. Der Gläubiger räumt einer späteren Hypothek, für welche ich nicht persönlich hafte, das Vorrecht ein und fällt in Folge dessen bei der Zwangsversteigerung aus. Bleibt der persönliche Anspruch gegen mich in Kraft?

Zur Grundlage der Erörterung wollen wir einen etwas anderen Fall nehmen, den nämlich, daß der Gläubiger nicht nur das Vorrecht eingeräumt, sondern — bei sonst gleicher Sachlage — auf sein Pfandrecht verzichtet, die Löschung der Hypothek bewilligt hat.

Will man dem Schuldner zu Hilfe kommen, so liegt es nahe, eine Einrede für ihn — ganz wie im Abschnitt I. — zu begründen einfach aus der Rückgewährspflicht des Pfandgläubigers: er mag entgegnen, der Gläubiger, wenn er Zahlung der Pfandschuld verlange, müsse ihm das Pfandrecht zurückgeben.[10])

Dieser Gesichtspunkt führt jedoch zu weit. Nehmen wir an,

[10]) Ein anderer Grund dürfte wohl auch in der Erörterung bei Turnau, Grundbuchordnung I Note 25 zu § 41 des Ges. (S. 757) nicht zu finden sein.

der Käufer habe die Hypothek nicht in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen, vielmehr habe der Verkäufer sich ihm zu ihrer Fortschaffung verpflichtet; nun läßt — aus Gefälligkeit gegen den Käufer — der Gläubiger die Hypothek löschen und macht die persönliche Forderung gegen den Verkäufer geltend. Soll hier die Einrede durchgreifen? Sie müßte es nach der eben vorausgesetzten Begründung. Allein aus den rechtlichen Beziehungen aller dreier Personen ergiebt sich unabweisbar das Postulat, daß der Verkäufer dem persönlichen Anspruch ohne Weiteres Genüge thue.

In der That, jene Begründung würde auf einer petitio principii beruhen, auf der Annahme nämlich, daß auch der Schuldner, welcher nicht Eigenthümer der Pfandsache ist, ein Recht habe auf Herausgabe des Pfandes an ihn. Dies aber folgt aus den Grundsätzen des Pfandrechts keineswegs.

Es ist ferner richtig, daß der Verzicht auf das Pfandrecht nicht einen solchen auch auf die Forderung enthält. Auf diesen Grund hin folgert das Obertribunal: darin eben zeige sich die rein akzessorische Natur des Pfandrechts, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichten könne, ohne daß die persönliche Forderung berührt werde. Und dem schließt sich das Reichsgericht an.[11]) Sollte hier nicht ein Fehlschluß zu Grunde liegen, verursacht durch doppelsinnigen Gebrauch des Begriffes „Verzicht"? Jeder Verzicht enthält das Moment der Befreiung, aber zugleich — im Bereiche des Vermögensrechtes — das einer Uebertragung, er ist Aufgabe eines Vermögenswerthes zu Gunsten eines Anderen. Ist dieser Andere — im vorliegenden Fall der dritte Eigenthümer des Pfandgrundstücks — der, dem — bei erfolgender Zahlung der Pfandschuld, gleichviel durch wen — der Vermögenswerth der Hypothek zukommt, so ist die Folgerung des Obertribunals richtig. Kommt dieser Werth dagegen — wenn er zahlt — dem persönlichen Schuldner, der nicht der Eigenthümer des Pfandgrundstücks ist, zu, so ist sie falsch. Ob aber der Eigenthümer und nicht der Schuldner der event. Berechtigte ist, das eben ist die Frage.

Andererseits ist nicht ersichtlich, wie dem Beklagten zu helfen sein soll mit der Vorschrift des § 41 Abs. 2 des Ges. vom 5. Mai 1872.[12]) Danach wird der Verkäufer frei, wenn der Gläubiger

---

[11]) Obertribunals-Entscheidungen Bd. 9 S. 264, 265; Reichsgericht Bd. 16 S. 248.

[12]) Dahingestellt vom Reichsgericht Bd. 16 S. 248.

nicht binnen gewisser Frist die Hypothek gekündigt und eingeklagt hat. Daß die Verpflichtung des Verkäufers durch diese Einklagung bedingt, der Gläubiger also angewiesen sei, sich zunächst an die Hypothek zu halten, ist damit nicht bestimmt. So lange jene Frist nicht abgelaufen ist, haftet der Verkäufer schlechthin, also event. auch dann, wenn der Gläubiger die Hypothek selbst oder ihr Vorrecht aufgegeben hat.

Nach alledem meine ich, daß der Zweifel, ob der persönliche Anspruch zuzulassen, überhaupt nicht lösbar ist bei bloßer einseitiger Betrachtung des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner — dem Verkäufer in unserem Beispiel. Vielmehr werden auch die rechtlichen Beziehungen zu dem jetzigen Eigenthümer des Pfandgrundstücks in Betracht zu nehmen, es wird zu fragen sein, ob daraus sich ein Recht des Beklagten auf den in der Hypothek verkörperten Werth ergiebt, ob er gegen Zahlung der Schuld zu seiner Deckung Abtretung der Hypothek verlangen kann.

Dieses Recht wird im preuß. Landrecht in einem Fall ausdrücklich statuirt: zu Gunsten des Bürgen. Er hat das Recht nicht nur auf Abtretung der noch bestehenden Sicherheit, sondern auch darauf, daß die einmal bestellte Sicherheit bestehen bleibe.

A.L.R. I. 14 § 331: Auch kann der Gläubiger während der Bürgschaft, der ihm noch außer selbiger von dem Hauptschuldner bestellten Sicherheit ohne Genehmigung des Bürgen sich nicht begeben.

§ 332: Thut er es dennoch, so wird er seines Rechts an den Bürgen verlustig.

Nun steht in dem hier vorausgesetzten Falle der Verkäufer des Pfandgrundstücks neben dem Käufer — der gemäß § 41 E.E.Ges. persönlicher Schuldner geworden ist — als Mitschuldner da. Im Verhältniß zwischen ihm und dem Käufer jedoch ist — zufolge der Verrechnung auf den Kaufpreis — die Pfandschuld materiell dem letzteren allein obliegend; der Verkäufer bleibt haftbar, doch — sofern er zahlt — mit Rückgriff auf den ganzen Betrag. Hauptschuldner — im Verhältniß zwischen ihm und dem Verkäufer — ist allein der Käufer, der Veräußerer nur Bürge.

Zwei Zweifel sind es, die trotzdem sich der Anwendung des § 331 I. 14 auf diese andere rechtliche Gestaltung entgegenstellen. Einmal ist es nicht ausgemacht, daß der Anspruch auf die andere bestellte Sicherheit einem Anderen als dem Bürgen im eigent-

lichsten Sinne zukommt. Sodann erregt es Bedenken, ob der Verkäufer dem Gläubiger einen solchen Anspruch entgegenhalten darf, obwohl derselbe hier sich nur aus den inneren Beziehungen zwischen ihm und dem Käufer herzuleiten scheint.

Es werden mithin die Fragen zu stellen sein:

1. Ist der Grundsatz des § 331 auf andere Mitschuldner anwendbar?
2. Ist er auch dann, wenn er aus dem Rückgriffsverhältniß der Mitschuldner entnommen ist, wirksam gegenüber dem Gläubiger?

I.

Der Rechtssatz des § 331 I. 14 gründet sich auf das beneficium cedendarum actionum, nicht etwa auf das beneficium ordinis.[13]) Das erstere hat eine doppelte Bedeutung, eine engere und eine weitere. In der weiteren ist es das Recht des Bürgen auf Abtretung der Rechte, wie sie zur Zeit der Zahlung nun einmal sind, und steht dem Bürgen schlechthin zu.[14]) In der engeren ist es das mit der Bürgschaftsübernahme entstandene Recht auf Abtretung der Rechte, wie sie zu dieser Zeit waren, und steht nur dem Bürgen zu, der mit Rücksicht auf die Deckung aus diesen Rechten sich verbürgt hat. Dieses letztere Recht ist es, welches die §§ 331, 332 I. 14 regeln.

Hiernach ist nicht wohl zu bezweifeln, daß diese Paragraphen auch auf den selbstschuldnerischen Bürgen Anwendung finden.[15]) Eine Ausnahme ist im Gesetz nicht getroffen, der Rechtsgrund ist der gleiche auch bei ihm. Wer also der Ausdehnung des Grundsatzes vom Bürgen auf den Mitschuldner entgegentritt, der darf sich dabei nicht auf die subsidiarische Natur der Bürgschaft berufen, wie dies das Ob.T. (Bd. 9 S. 265) thut.

Es fragt sich vielmehr, ob — hiervon abgesehen — in der besonderen Rechtsstellung des Bürgen — gegenüber dem Mitschuldner — der Grund zu dem fraglichen Rechtssatze gegeben ist.

Dieses Besondere könnte nur in dem akzessorischen Momente der Bürgschaft zu finden sein.[16]) Allein dieses Moment schwächt

---

[13]) Entscheidungen des Obertribunals Bd. 60 S. 102.

[14]) Dernburg, Pandekten II § 80 Note 8.

[15]) Entsch. des Obertribunals Bd. 5 S. 336; des Reichsgerichts Bd. 8 S. 265. — Die Entscheidung des Obertribunals Bd. 18 S. 225 sagt in der Begründung nicht das Gegentheil.

[16]) Aus diesem scheint den § 332 herzuleiten das Reichsgericht (bei Gruchot Bd. 26 S. 989).

in den verschiedenen Gestaltungen der Bürgschaft sich stufenweise ab, ohne daß — dem Prinzipe nach — eine Grenze zu ziehen wäre. Der selbstschuldnerische Bürge ist bereits Mitschuldner. Täglich ferner werden Bürgschaften übernommen, ohne daß der Bürge diese seine Eigenschaft erkennen ließe: er tritt als Korrealschuldner, Wechselaussteller rc. auf. So führt denn eine gradweise Abschwächung des akzessorischen Moments — dessen äußere Erscheinung betrachtet — vom Indemnitätsbürgen bis zum Interventionsschuldner, der eine materiell fremde Schuld als alleiniger Verpflichteter übernimmt.

In allen diesen Fällen ist das Rückgriffsrecht des Bürgen gegen den wahren Schuldner dasselbe. Warum nicht auch das beneficium cedendarum actionum, das nur zur Sicherung jenes Rechtes dient?

Indessen mag der § 331 I. 14 auf Mitschuldner unmittelbar nicht anwendbar sein; dennoch ergiebt sich die in ihm enthaltene Norm auch aus der Natur des Mitschuldverhältnisses. Die Römer wenigstens bezweifelten dies nicht. In Betracht kommt hier neben l. 17, 36, 41 § 1 de fidej. 46, 1 namentlich die l. 13 Cod. de loc. 4, 65: Haben sich mehrere Miether korreal verpflichtet, so hat, wer für den anderen zahlen muß, Anspruch auf das von diesem bestellte Pfand. Daß aber dieses beneficium der Mitschuldner zu verstehen ist in der oben erwähnten engeren Bedeutung — als Recht auf die Sicherheit, wie sie bestand bei Eingehung der Verpflichtung — das dürfte folgende Erwägung nahe legen.

Auch wenn mehrere eine ihnen — materiell — gemeinsame Schuld eingehen, verpflichtet der Einzelne — zum Theil — sich zu einer ihm materiell fremden Schuld. Wird beim Kontraktschluß von dem Einen eine Hypothek — oder auch von Allen je eine — bestellt, so ist dies für die Reflexion der Anderen wesentlich. Das Pfand haftet für die Schuld des Bestellers. Dieselbe wird zwar formell getilgt auch durch Zahlung seitens eines anderen Mitschuldners. Allein materiell hat derselbe zum Theil für den Pfandbesteller gezahlt; es liegt das Rechtsverhältniß vor, welches Paulus [17]) unter der Denkform eines Forderungskaufes — anstatt reiner Schuldtilgung — darstellt. Der Zweck der Hypothekenbestellung ist damit, daß ein anderer Schuldner — vorschußweise — die Theilschuld des Bestellers gezahlt hat, nicht erreicht. Die Sicherheit dient dafür, daß der Besteller seine Schuld tilgt, und dies geschieht erst,

[17]) L. 36 de fidej. 46, 1.

wenn er Ersatz leistet an den Mitschuldner, der den Gläubiger abgefunden hat. Bis dieses Ziel erreicht ist, muß die Hypothek bestehen bleiben. Das verlangt die Konsequenz des ganzen Rechtsverhältnisses, und damit ist das Recht jedes einzelnen Mitschuldners auf den Fortbestand der Hypothek erfordert.

II.

Die zweite aufgeworfene Frage ging dahin, wie das Rückgriffsverhältniß zwischen den Mitschuldnern die Ursache abgeben könne zu einer Einrede gegen den Gläubiger. Gehen wir zunächst vom eigentlichen Bürgen aus, so möchte man meinen, dessen Einrede aus den §§ 331, 332 I. 14 berühre sein Verhältniß zum Hauptschuldner überhaupt nicht, entspringe vielmehr aus der Beziehung, in der er als akzessorischer Schuldner zum Gläubiger steht. Das ist sicherlich unrichtig. Denn wie, wenn der Bürge im einzelnen Falle einen Rückgriff überhaupt nicht nehmen darf, z. B. weil er Schenkung halber sich verbürgte? Die Einrede ist Folge des beneficium ced. act. in der engeren Bedeutung; mit diesem fällt sie. Dieses beneficium ist Folge des Rückgriffsrechts des Beklagten; ohne das letztere hat er das erstere nur in dem weiteren Sinne, als Recht auf die noch bestehende Sicherheit. Daß er das Rückgriffsrecht habe, wird zwar bei dem Bürgen vermuthet. Allein der Gläubiger kann das Fehlen dieses Rechtes replizirend einwenden. Also nicht die Stellung, die der Beklagte als Bürge gegenüber dem Gläubiger einnimmt, entscheidet über den Bestand der Einrede aus § 332 I. 14, sondern das Rückgriffsverhältniß zwischen ihm und dem Hauptschuldner.

Von diesem Standpunkt aus gestattet der Grundsatz des § 331 I. 14 eine erweiterte Anwendung nach zwei Richtungen.

a) Nicht darauf kommt es an, ob der Beklagte die Schuld als Bürge übernommen hat, sondern ob er sachlich Bürge ist und das regelmäßig einem solchen zustehende Rückgriffsrecht hat. A. und B. nehmen als correi ein Darlehn auf; A. bestellt eine Hypothek, B. ist sachlich Bürge, A. hat sich ihm zu vollem Ersatze verpflichtet. Der Gläubiger kennt diesen Sachverhalt. — Soll hier der § 331 I. 14 ausgeschlossen sein? Wir nahmen oben an, daß — im Verhältniß der Schuldner zu einander — B. ein Recht auf die Sicherheit haben müsse; jetzt fordern wir, daß dieses Recht sich auch dem Gläubiger gegenüber wirksam erweist. Freilich hat der letztere

gegen B. ganz dieselbe Rechte, wie wenn B. auch materiell Korrealschuldner wäre. Dies schließt jedoch nicht aus, daß auch gegen den Gläubiger die Bürgschaftsnatur mannigfach in Betracht kommt.

So behandeln die l. 21 §§ 5 ff. de pact. 2, 14 die Frage, in wie weit das mit einem Mitschuldner geschlossene pactum de non petendo (in rem) dem anderen eine Einrede giebt. Die Antwort ist: insoweit der Paziszent ein Interesse daran hat, daß auch dieser andere frei werde, — und dies entscheidet sich aus dem Rückgriffsverhältniß zwischen beiden. Danach nämlich, ob und wieweit der andere — müßte er zahlen — den Paziszenten auf Ersatz in Anspruch nehmen und sonach diesen zu einer Leistung zwingen würde, die ihm der Gläubiger durch das pactum erlassen hatte. Dabei ist es völlig gleichgiltig, ob der andere die — ihm ganz oder theilweise sachlich fremde — Schuld als Korreus oder als Bürge übernommen hat. Völlig klar zeigt sich dies in Folgendem. Das pactum des fidejussor giebt regelmäßig dem reus keinen Einwand, denn dieser kann ja Ersatz von jenem nicht verlangen. Wie aber, wenn der, welcher als fidejussor auftritt, sich für eine Schuld verbürgt hat, die sachlich seine eigene ist? — Hoc casu fidejussor pro reo accipiendus est et pactum cum eo factum cum reo factum esse videtur — (l. 24 l. c.). Also nicht die Stellung als Bürge, die er dem Gläubiger, sondern die als Hauptschuldner, die er dem Mitverpflichteten gegenüber einnimmt, ist es, welche über die Einrede entscheidet.

Hierher ferner gehört die l. 10 de duob. reis 45, 2: Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet. Mit Recht wird hieraus entnommen, es dürfe der eine Gesammtschuldner die Forderung des anderen insoweit zur Gegenrechnung stellen, wie er andernfalls diesen regreßpflichtig machen könnte[18]).

Die letztere Entscheidung ist für das preußische Recht ausgeschlossen durch den § 306 A.L.R. I. 16. Im Uebrigen aber kann — weil der Natur der Sache entsprechend — auch für das preußische Recht der Satz Geltung ansprechen, den wir aus Obigem entnehmen dürfen: Der Mitschuldner kann zur Begründung von Einreden sich auf das Rückgriffsverhältniß berufen, insbesondere kann — an und

[18]) Windscheid, Pandekten II § 350 Note 19.

für sich — dies auch der Bürge, wenngleich er sich als Gesammtschuldner verpflichtet hat. An und für sich; denn eine Schranke ist sogleich bemerklich: das Recht des Gläubigers, ihn eben ganz als Gesammtschuldner in Anspruch zu nehmen. Wie die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 8 S. 264 dem selbstschuldnerischen Bürgen alle Behelfe des Bürgen überhaupt zuschreibt, mit der Einschränkung, daß dieselben nicht in Widerspruch treten mit dem Rechte des Gläubigers zu unmittelbarer Belangung des Bürgen, — so hat der bürgende Gesammtschuldner nur in dem Umfange die Einreden des Bürgen, den das Recht des Gläubigers zuläßt, ihn unter Nichtbeachtung des Mitschuldners als prinzipal Verpflichteten zu behandeln. Daher besteht — im Gegensatze zum selbstschuldnerischen Bürgen — seine Schuld, wenngleich die Verpflichtung des wahren Schuldners ungiltig ist und zwar auch aus einem anderen Grunde als der persönlichen Eigenschaft (§ 254 I. 14); wenn der Gläubiger bei Verfolgung der Exekution gegen den anderen Schuldner ein grobes Versehen begangen hat (§ 284 I. 14); wenn der andere Schuldner eine Gegenforderung gegen den Gläubiger hat (§ 328 I. 16).

Dagegen darf auch der Gläubiger, welcher mehrere Gesammtschuldner hat, das Rechtsverhältniß zwischen diesen nicht als nicht bestehend behandeln. Wer einem Mitschuldner dessen Antheil an der Schuld erläßt, verliert die halbe Forderung auch gegen den anderen, wenn dieser einen Rückgriff auf die Hälfte, aber die ganze, sofern derselbe einen Anspruch auf völlige Erstattung hätte. Der Gläubiger ist also den Einreden unterworfen, wie sie sich aus dem Rückgriffsverhältniß in seiner konkreten Gestaltung ergeben. Nun ist das Recht des Bürgen auf Erhaltung und Abtretung der Sicherheit (§ 331 I. 14) lediglich die Folge seines Rückgriffsrechtes. Dieses Recht dürfen wir ihm sonach zuschreiben auch dann, wenn er zum Zwecke der Bürgschaft als Gesammtschuldner eingetreten ist.

Es kann befremden, daß dieser Fall anders behandelt werden soll, als der des § 328 I. 14: es ist oben angenommen, daß die Einrede des Versehens bei der Exekution hier nicht Platz greife. Allein die letztere Einrede ist — insofern muß ich von der Entscheidung der Reichsgerichts Bd. 8 S. 267 abweichen — kein Ausfluß des Rückgriffsrechts. Unbedenklich wird man diesen Behelf auch dem Bürgen zuschreiben, der — weil Schenkungshalber eingetreten oder wegen einer Gegenforderung des Hauptschuldners —

einen Regreßanspruch überhaupt nicht erheben kann. Es beruht dieser Rechtsbehelf darauf, daß der — nach außen als solcher erscheinende — Bürge, auch der selbstschuldnerische, nicht selbst „der Schuldner“ ist, vielmehr nur für einen Anderen gut sagt. In dieser akzessorischen Natur des Bürgschaftsvertrages — in dem Versicherungsmoment ist es begründet, daß der Bürge erwarten darf, der Gläubiger werde auf seine prinzipale Forderung Acht haben. Er darf dem Gläubiger entgegenhalten, nach der Auslegung, wie Treu und Glauben sie erheische, sei eine Verpflichtung von ihm nicht auch für den Fall übernommen, daß der Gläubiger lediglich durch eigenes grobes Verschulden um sein Geld komme. Es war nicht die Meinung, ihn gegen seine eigene Fahrlässigkeit zu assekuriren. — Alles dies aber trifft nicht zu auf den, der — wenngleich im Grunde Bürge — sich als Gesammtschuldner verpflichtet hat.

b) Wenn wir hiernach den oben zu a gesetzten Fall dahin zu entscheiden hätten, daß B. die Einrede aus § 332 I. 14 erheben dürfe, so war dabei die Bedingung gemacht, daß der Gläubiger den Sachverhalt kannte. Zunächst scheint es auch, bei der echten Bürgschaft verletze der Gläubiger stets wissentlich das Recht des Bürgen, wenn er die Sicherheit eigenmächtig aufgebe. Dies ist jedoch unrichtig. Wir sahen: das Recht auf Erhaltung der Sicherheit folgt nicht aus der Bürgeneigenschaft von selbst. Es folgt aus dem — bereits aus der Verbürgung erwachsenen — Rückgriffsrecht, welches mit jener Eigenschaft nicht nothwendig verbunden ist. Letzteres Recht braucht dem Gläubiger keineswegs bekannt zu sein.

Wenn aber der Gläubiger sich die Einrede bieten lassen muß, obwohl das sie begründende Moment — das bereits bestehende Rückgriffsrecht des Bürgen — ihm nicht bekannt war; wenn ferner, wie oben angenommen, das Recht auf Fortbestand und Abtretung der Sicherheit auch dem zusteht, der eine ihm sachlich fremde Schuld als Gesammtschuldner, nicht als Bürge, übernommen hat; — so ist es nur folgerecht, daß auch der letztere jene Einrede erheben kann, gleichviel ob der Gläubiger das Rückgriffsverhältniß kannte oder nicht.

Dieses Ergebniß entspricht auch der gerechten Würdigung der zwischen den dreien bestehenden Beziehungen. Die Sicherheit, die der eine Schuldner, der in Wahrheit der Hauptschuldner ist, stellt, haftet für „die Schuld“. Diese aber besteht, bis er sie getilgt, sie erlischt nicht, wenn der andere Schuldner — vorschußweise — den Gläubiger abgefunden hat. Es ist recht und billig, daß der bür-

gende Gesammtschuldner um die für die Schuld, also auch seinen eventuellen Ersatzanspruch, bestellte Sicherheit nicht durch ein willkürliches Aufgeben seitens des Gläubigers gebracht wird. Es ist recht und billig, daß der Gläubiger, dessen Prüfung das Deckungsverhältniß seiner Schuldner nicht untersteht, sich bei dieser Unkenntniß bescheidet und die Sicherheit aufbewahrt nicht nur für den Besteller, sondern in Hinblick auf die Möglichkeit, daß der andere Schuldner ein Anrecht darauf hat, sich aus derselben zu decken.

So ist denn der Grundsatz, den die §§ 331, 332 I. 14 aussprechen, nur eine Satzung, in welcher, wie häufig, ein in den Folgerungen der Rechtsverhältnisse liegender Rechtsgedanke sich an einem einzelnen Falle zum gesetzgeberischen Bewußtsein durchgearbeitet hat. Wenn gegenüber den Verknüpfungen des heutigen Rechtslebens jener Gedanke in viel weiterem Umfange Wirksamkeit fordert, als der Gesetzgeber ausdrücklich sanktionirt, so sind wir zu solcher Ausdehnung wohl befugt. Oder man müßte bestreiten, daß auch das Recht — das Recht, wie es angewendet wird, — sich in nie unterbrochener Entwicklung befindet; einer Entwicklung, welche positive Satzungen zu regeln und zu fördern, aber niemals aufzuhalten vermögen.

Der Rechtssatz, zu dem wir so gelangen, geht dahin: Wer sich zu einer ihm materiell, ganz oder theilweise, fremden Schuld verpflichtet, hat zur Deckung eines — ihm mit dieser Verpflichtung erwachsenden — Rückgriffs gegen den anderen Schuldner ein Recht auf die zugleich bestellte Sicherheit. Der Gläubiger, welcher diese aufgiebt, verliert seinen Anspruch, insoweit er nicht die Unschädlichkeit nachweist.

Kehren wir hiernach zurück zu dem am Eingang gesetzten Falle: der Gläubiger hat das dingliche Recht aus der Hypothek aufgegeben, welche der Grundstückseigenthümer in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen hatte, und klagt gegen den Verkäufer persönlich. Der Verkäufer ist Mitschuldner, aber er hat — im Verhältniß zum Käufer — die Stellung eines Bürgen. Sonach hat er den Rechtsbehelf, dessen Begründung soeben versucht ist. Er muß nachweisen, daß die Voraussetzungen dafür vorliegen, d. h. daß er — bei Zahlung der Pfandschuld — gegen seinen Rechtsnachfolger im Grundstück den Rückgriff hat. Dann aber hat er die Einrede, der Gläubiger habe ihm durch Aufgabe der Hypothek seine Deckung entzogen. Und zwar gleichviel, ob der Gläubiger das Rückgriffs-

recht kannte. Der Gläubiger muß seinerseits, gemäß § 333 A.L.R. I. 14 repliziren, daß der Beklagte durch die Aufgabe des Pfandrechts nicht verkürzt sei.

Es ist für die Einrede bedeutungslos, ob der Beklagte der ursprüngliche Schuldner ist oder ob auch er die Hypothek erst in Anrechnung auf den Preis übernommen hatte. Auch dann hat er ja in der Beziehung zu seinem Rechtsnachfolger nur die Stellung eines Bürgen. Nur dies ist im letzteren Falle zu fordern, daß der Gläubiger von der Uebernahme der Hypothek durch den jetzigen Beklagten zu der Zeit Kenntniß hatte, da er das Pfandrecht aufgab. Denn zwar auch ohne dies entstand ein Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem jetzigen Beklagten durch die Thatsache der Uebernahme, kraft Gesetzes (§ 41 E.E.Ges.). Allein, bevor ihm davon Kunde wurde, konnten ihm Pflichten daraus nicht erwachsen. Für die Einrede ist da kein Raum.[19])

Weiterhin belanglos ist es für die Einrede, wenn der Beklagte — ob gleich bei Eingehung seiner Verpflichtung oder erst später — das eventuelle Rückgriffsrecht erworben. Nur dies ist zu fordern, daß, als er es erwarb, die Hypothek schon entstanden, andererseits noch nicht aufgegeben war. Das letztere bedarf nicht der Erörterung; das erstere ist wesentlich, weil die Uebernahme der sachlich fremden Verpflichtung — der Akt, welcher das Bürgschaftsmoment einführte, — sonst nicht ursächlich beherrscht war durch die Rücksicht auf die zu erhoffende Deckung aus der Hypothek, daher kein Recht erzeugte auf die Abtretung dieser letzteren. Setzen wir folgenden Fall: A. hat ein Darlehen erhalten, B. sich dafür verbürgt und eine Hypothek bestellt. Bei einer späteren Berechnung haben A. und B. ausgemacht, es solle, behufs Begleichung, B. die Schuld als Hauptschuldner tilgen. Der Gläubiger, der dies nicht weiß, giebt die Hypothek auf und will sich an A. halten. Hier greift die Einrede Platz. Dagegen hat sie keinen Raum, sofern B. die Hypothek erst nach jener Abrechnung bestellt oder schon vor derselben zur Löschung gebracht hat.

Allgemein gefaßt ist zu sagen: der persönliche Schuldner hat die Einrede aus der Aufgabe der Hypothek, wenn er aus der Zahlung der Schuld einen Rückgriff und zu dessen Deckung bei

---

19) Vielleicht ist aus dieser Unterstellung zu halten die Entsch. des Reichsgerichts Bd. 16 S. 244.



analoger Anwendung der Bürgschaftsgrundsätze ein Recht auf Abtretung der Hypothek hatte.

Keine andere ist die Rechtslage bei der **Vorrechtseinräumung**. Die letztere kann den Ausfall der Hypothek zur Folge gehabt haben: dann steht sie der Aufgabe des Pfandrechtes selbst durchaus gleich. Aber auch wenn die Hypothek noch besteht, trifft der obige Rechtssatz zu. Gleichviel wie der Rang einer Hypothek zu denken ist, ob als ein mit der Hypothek verbundenes Nebenrecht, ob als eine ihr anhaftende Eigenschaft, ob als eine bloße Beziehung zu anderen Belastungen, — jedenfalls stellt der Rang einen **wesentlichen Theil** der Hypothek — diese als „Sicherheit" gefaßt — dar. Und der Gläubiger darf die Hypothek, wenn nicht ganz, so auch nicht zu einem wesentlichen Theile aufgeben. Somit gelange ich zu dem Schlusse, daß der Schuldner, welcher nicht Eigenthümer des Pfandgrundstücks ist, gegen die persönliche Forderung des Hypothekengläubigers eine Einrede aus der Vorrechtseinräumung in **dem** Umfange hat, in welchem sie — nach den obigen Erörterungen — aus der **Aufgabe** des Pfandrechts zu begründen ist.

Gegen diese Einrede kann der Gläubiger — gemäß § 333 A.L.R. I. 14 — repliziren, der Schuldner sei durch die — in der Vorrechtseinräumung liegende — Aufgebung der Sicherheit nicht verkürzt. Eine Prüfung der einzelnen Gestaltungen, die hier nicht wiederholt werden soll, bringt das Ergebniß, daß unter dieser Replik eben diejenigen Fälle begriffen sind, in welchen — nach den Erörterungen im Abschnitt I. — auch der Einrede des verklagten Eigenthümers die Replik entgegensteht. Aber auch **nur** diese Fälle; denn die Meinung, es müsse sich der Schuldner auch dann bescheiden, wenn er trotz der Rangverkürzung der Hypothek einen zweifellos sicheren Rückgriff gegen den Eigenthümer des Pfandgrundstücks habe, würde einen wesentlichen Punkt übersehen. Da nämlich, wo ein Rückgriffsrecht gegen den Eigenthümer gegeben ist, liegen zwischen ihm und dem Gläubiger stets die Beziehungen vor, welche ihm — gemäß Abschnitt I. — gegen dieses letzteren Anspruch die Einrede gewähren würden. Eben diese Einrede aber würde der Eigenthümer auch gegen den Regreßanspruch des Mitschuldners, der die zurückgetretene Hypothek eingelöst hat, erheben können. Mit vollem Rechte würde er geltend machen, er habe nur zu zahlen gegen Rückgabe der im Range **nicht** verkürzten Hypothek. Für den Gesichtspunkt, auf den sich diese Einrede stützt, ist es völlig bedeutungs-

los, ob es der Kläger war, der die Rangverkürzung der Hypothek bewirkt hat. Es folgt hieraus zugleich, daß zur Vermeidung des Verlustes seines Rückgriffes der persönliche Schuldner die Einrede, wo er es kann, auch erheben muß.

Das Ergebniß dieses und des ersten Abschnitts würde, wie ich annehmen möchte, dem gerechten Bedürfnisse nach der Einrede genügen. Es erhellt, daß es Fälle giebt, — auch abgesehen von jenen, die durch die Replik gedeckt werden — in welchen aus der Vorrechtseinräumung eine Einrede nicht erwächst. So wenn ich das Grundstück verkauft habe, der Käufer die Hypothek nicht übernommen hat, ich also zur Fortschaffung verpflichtet bin. Hier habe ich bei Rangverkürzung der Hypothek, weil keinen Rückgriff, auch keine Einrede. Ebenso nicht der jetzige Eigenthümer; denn zwischen ihm und dem Gläubiger fehlt jede persönliche Rechtsbeziehung. Mit diesem Ausgang erwächst aber Niemandem ein rechtlicher Nachtheil. Insbesondere von einer Verkürzung der Hypothek des Eigenthümers kann nicht die Rede sein. Denn in der Regelung, welche die Interessenten trafen, lag als Folgerung, daß der Verkäufer die Hypothekenschuld zahlen solle. Nun entsteht aber nur, wenn der Eigenthümer die Hypothek tilgt, das Recht auf den Fortbestand der letzteren (§ 63 E.E.Ges.). Also lag hier in der Absicht der Interessenten nicht dieser Fortbestand, sondern die Löschung der Hypothek, damit aber auch das, was durch die Vorrechtseinräumung bewirkt ist: das Vorrücken der späteren Post.

III. Abschnitt.

Vorrechtseinräumung bei Gesammthypotheken.

Es ist oben versucht, eine Einrede für den Fall zu begründen, daß mein Hypothekengläubiger, nachdem er einem nachstehenden das Vorrecht eingeräumt hat, mich persönlich in Anspruch nimmt. Dabei war stillschweigend vorausgesetzt, daß die Hypotheken nur auf dem einen, mir gehörigen Grundstück eingetragen waren. Eben in diesem Fall aber wird die Einrede selten praktisch werden. Denn im Verkehrsleben wird hier selten das Vorrecht vom Gläubiger eigenmächtig, es wird gewöhnlich mit Zustimmung, oft auf Anlaß und im Interesse des Eigenthümers eingeräumt.[20])

Anders, wenn die zurücktretende Hypothek noch auf anderen

---

[20]) Paris a. a. O. S. 23.



Grundstücken haftet. Mit Rücksicht auf die ausreichende Sicherung, die diese Mithaft ihm bietet, wird der Gläubiger oft — aus Motiven des Eigennutzes oder der Gefälligkeit — sich bereit finden lassen, wenngleich zum Nachtheil des Eigenthümers, das Vorrecht einzuräumen. Es kann ferner im Interesse des Gläubigers, im Range zurückzutreten, auch dann liegen, wenn nicht die seinige, wohl aber die vortretende Hypothek auf einem anderen Grundstücke korreal haftet. Man denke, ich stehe auf diesem Grundstück mit einer Hypothek vor, auf jenem mit einer anderen hinter einer Korrealhypothek; beide Grundstücke bieten Deckung nur für die erste Hypothek. Habe ich hier neben der Hypothek auf dem ersteren Grundstück noch einen sicheren persönlichen Anspruch, neben der auf dem zweiten dagegen nicht, so liegt es in meinem Interesse, daß die Korrealhypothek auf jenem ersten Grundstück zur Hebung kommt. Dann falle ich zwar aus, erleide aber, wegen des persönlichen Anspruchs, keinen Verlust, und auf dem anderen Grundstück erlischt die Gesammthypothek, so daß meine dortige Hypothek in einen sicheren Rang einrückt. Dieses Ziel würde an sich durch eine Vorrechtseinräumung bezüglich des ersten Grundstücks zu erreichen sein.

Setzen wir nun wieder voraus, daß der Gläubiger, der die Priorität eingeräumt hat, in Folge dessen in der Zwangsversteigerung ausgefallen ist und den bisherigen Eigenthümer des versteigerten Grundstücks persönlich in Anspruch nimmt, — so ergiebt sich, daß die Einrede an und für sich auch dann entgegensteht, wenn eine Mithaft anderer Grundstücke in Frage kommt. Denn jene Einrede wurde hergeleitet aus dem Satze, es müsse der Gläubiger, wenn er Zahlung verlange, die Hypothek, so wie sie ihm bestellt worden, zurückgewähren. Dafür ist der Umstand offenbar ohne Belang, daß die vorgetretene Hypothek eine Gesammthypothek ist, nicht minder aber auch der, daß es die zurückgetretene ist. Zwar mag die Hypothek dann trotz des Ausfalls auf dem einen Grundstück noch immer völlig sicher sein. Allein der Gläubiger thut jener Anforderung nicht durch Gewähr einer nur überhaupt sicheren, sondern nur durch Rückgabe des ganzen — ihm zur Sicherung überlassenen — Werthes, also der unversehrten Gesammthypothek genug.

Es fragt sich indeß weiter, inwieweit die an sich begründete Einrede durch Replik beseitigt wird. Die letztere ist oben in den Fällen angenommen, in denen durch die Prioritätseinräumung

eine Schuld zur Hebung gekommen ist, die der Beklagte sonst anderweitig aus seinem Vermögen zu befriedigen hatte. Diese Feststellung setzt die Prüfung voraus, wie ohne die Vorrechtseinräumung sich die Sachlage gestaltet haben würde. Diese Prüfung werden wir also auch in den Fällen der Gesammthaft vorzunehmen und dabei die positive Vorschrift (§ 42 E.E.Ges.) zu berücksichtigen haben, daß die Hebung der Gesammthypothek bei der Zwangsversteigerung des einen Grundstücks von selbst ihr Erlöschen — und das Nachrücken der späteren Posten — auf dem anderen bewirkt.

Geht man auf diese Weise die Möglichkeiten durch,

a) daß entweder die zurückgetretene oder die vorgetretene Hypothek oder beide noch auf einem anderen Grundstück haften,

b) daß dieses andere Grundstück entweder gleichfalls dem Beklagten oder einem Anderen gehört, der entweder dem Beklagten regreßpflichtig oder gegen ihn regreßberechtigt ist, so gelange ich — von der Einzelerörterung sei hier abgesehen — zu folgendem Ergebniß:

1. Die Replik findet — abweichend von der gewöhnlichen Gestaltung — statt, obwohl der Beklagte für die vorgetretene Hypothek persönlich nicht haftete, sofern dieselbe noch auf einem zweiten Grundstück und dort sicher stand. Nur ist vorauszusetzen, daß dieses zweite Grundstück

entweder auch dem Beklagten,

oder einem, der gegen diesen regreßberechtigt ist, gehört.

Aber auch falls die zweite Hypothek auf dem anderen Grundstück nicht sicher stand, greift die Replik Platz:

a) wenn dasselbe einem Regreßberechtigten gehört und dieser für die Hypothek persönlich haftbar ist. Denn hier hätte ohne die Vorrechtseinräumung er die Pfandschuld zahlen müssen und sich dann an den Beklagten gehalten;

b) wenn die zurückgetretene Hypothek gleichfalls auf dem anderen Grundstück und zwar sicher lastet. Denn hier wäre sie ohne die Prioritätseinräumung — in Folge von Hebung aus dem versteigerten Grundstück — auf dem anderen Grundstück erloschen und die zweite Hypothek wäre in ihren sicheren Rang eingerückt.

Der Grund der Replik ist hier überall der gleiche: es ist vermittels der Vorrechtseinräumung eine Hypothek getilgt, die sonst anderweitig aus dem Vermögen des Beklagten befriedigt werden mußte, ihm also ein Vortheil erwachsen. Wo letzteres nicht zu-

trifft, da fällt die Replik: so, wenn durch die — in Folge der Vorrechtseinräumung eingetretene — Hebung der vorgetretenen Hypothek und ihr dadurch bewirktes Erlöschen auf dem mitverhafteten Grundstück nun dort eine spätere Hypothek in einem sicheren Rang eingerückt ist, die sonst — weil unsicher und ohne persönliche Haftung des Beklagten — nicht aus dem Vermögen des Beklagten zu bestreiten war.

2. Die Replik findet — obwohl der Beklagte für die vorgetretene Hypothek nicht haftete — statt, wenn durch die Vorrechtseinräumung es vermieden ist, daß auf einem anderen Grundstück eine Hypothek zu seinem Nachtheil in einen sicheren Rang rückte. Z. B. die zurückgetretene Hypothek haftet noch auf einem anderen mir gehörigen Grundstück. Auf letzterem steht hinter ihr, ohne persönliche Haftung meinerseits und unsicher, eine weitere Hypothek. Ohne die Vorrechtseinräumung wäre die Korrealhypothek auf dem ersten Grundstück zur Hebung gelangt, auf dem anderen erloschen; es wäre also dort die unsichere spätere Hypothek sicher geworden, hätte somit mein Vermögen belastet, was jetzt nicht der Fall.

Dem steht es gleich, wenn das andere Grundstück einem Anderen gehört, der bezüglich jener späteren Hypothek gegen den Beklagten regreßberechtigt ist.

3. Die Replik greift — obwohl der Beklagte für die vorgetretene Hypothek persönlich haftete — nicht durch, wenn durch die Vorrechtseinräumung es bewirkt ist, daß auf einem anderen Grundstück eine Hypothek zu seinem Nachtheil in einen sicheren Rang rückte. Z. B.: die vorgerückte Hypothek haftete noch auf einem anderen mir gehörigen Grundstück. Auf letzterem stand hinter ihr — ohne persönliche Haftung meinerseits und unsicher — eine weitere Hypothek. Ohne die Vorrechtseinräumung wäre die Korrealhypothek bei der Versteigerung des ersten Grundstücks ausgefallen, auf dem anderen stehen geblieben. In Folge der Einräumung ist sie dort zur Hebung gelangt, hier erloschen; und in Folge davon ist jene spätere unsichere Hypothek sicher geworden, hat also mein Vermögen belastet. Möglich ist freilich, daß auch ohne die Einräumung jene Wirkung eingetreten wäre; dann nämlich, wenn die zurückgetretene Hypothek gleichfalls auf dem anderen Grundstück zur Mithaft lastet und auch ihr — durch Hebung bei der Zwangsversteigerung ververursachtes — Erlöschen auf diesem mithaftenden Grundstück den

Erfolg gehabt hätte, daß auf demselben die spätere Hypothek in einen sicheren Rang einrückte. Dann greift die Replik durch.

4. Die Replik greift nicht durch, wenn für die vorgetretene Hypothek der Beklagte zwar persönlich haftete, aber er durch ihre Hebung bei der Zwangsversteigerung die dingliche Sicherung seines Rückgriffsrechtes verloren hat. Dies trifft zu, wenn jene Hypothek korreal auf dem Grundstück eines Anderen haftete, der dem Beklagten ihretwegen regreßpflichtig ist. Ohne die Vorrechtseinräumung wäre sie aus dem Grundstück des Beklagten ausgefallen; er mußte sie persönlich einlösen, hätte dann aber zu seiner Deckung das fortbestehende Pfandrecht an dem Grundstück des Regreßpflichtigen gehabt. In Folge der Vorrechtseinräumung ist die Hypothek aus seinem Grundstück, also aus seinem Vermögen, getilgt, auf dem mithaftenden Grundstück erloschen; er ist also auf einen bloß persönlichen Rückgriffsanspruch angewiesen. — Anders, wenn der gleiche ökonomische Erfolg auch ohne die Vorrechtseinräumung eingetreten wäre, wenn nämlich auch die zurückgetretene Hypothek auf dem Grundstück eines Regreßpflichtigen haftet. Hier greift die Replik durch.

Wir setzten bisher den Fall, daß der Beklagte der Eigenthümer des Pfandgrundstücks ist, bezw. bis zur Zwangsversteigerung gewesen ist. Das zweite oben betrachtete Verhältniß war jenes, daß der Beklagte ein Anderer als dieser Eigenthümer ist und gegen letzteren ein Rückgriffsrecht hat. Auch hier kann der Fall der Gesammthypothek vorliegen; es kann die vor- oder die zurückgetretene Hypothek oder die eine und die andere noch auf einem zweiten Grundstück, sei es desselben Eigenthümers, sei es eines Dritten, haften. Die Anwendung der Grundsätze auf diese Beziehungen bietet nichts Besonderes. Nur ist auf das hinzuweisen, was am Schluß des Abschnitt II. gesagt ist: Der Beklagte hat die Einrede aus der Vorrechtseinräumung, obwohl er einen an sich sicheren Rückgriff, ungeachtet der letzteren, behalten würde, dann, wenn der Regreßpflichtige der Klage des Gläubigers die Einrede entgegensetzen könnte. Und wann das letztere der Fall, suchten die vorstehenden Erörterungen unter 1 bis 4 näher darzulegen. Z. B.: ich habe die Grundstücke A, B und C veräußert. Es steht eine Hypothek auf A an erster Stelle und auf B zur Mithaft, eine zweite auf A an zweiter Stelle, auf C zur Mithaft. Für beide hafte ich persönlich, mein Rechtsnachfolger hat sie in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen. Der erste Gläubiger räumt dem zweiten auf dem Grundstück A das Vor-

recht ein, fällt bei der Zwangsversteigerung von A aus und nimmt mich in Anspruch. Ich würde wegen meines Rückgriffs durch das Pfandrecht an dem Grundstück B vollständig gedeckt sein. Nun stand aber weiter auf C, hinter der Hypothek des zweiten Gläubigers, offenbar unsicher, eine Grundschuld, für die weder ich noch mein Rechtsnachfolger persönlich haften. Ohne die Vorrechtseinräumung wäre die zweite Hypothek auf A ausgefallen und auf C stehen geblieben; die unsichere Grundschuld auf C wäre nie aus dem Vermögen meines Rechtsnachfolgers zu befriedigen gewesen. Durch die Vorrechtseinräumung ist die zweite Hypothek aus A zur Hebung, auf C zum Fortfall gekommen, also die Grundschuld in einen sicheren Rang eingerückt, sodaß mein Rechtsnachfolger durch sie belastet wird. Also hätte der letztere gegen die Klage des zurückgetretenen Gläubigers die Einrede aus der Vorrechtseinräumung (oben unter 3). Also hätte er die Einrede auch gegen meinen Rückgriffsanspruch. Also muß auch ich die Einrede haben gegen die Klage des Gläubigers.

Besondere Verhältnisse entstehen endlich noch, wenn die vorgetretene Post eine Korrealhypothek ist und bei der Zwangsversteigerung des einen Grundstücks nicht baar ausgezahlt, sondern vom Ersteher gemäß den §§ 57 bis 59 des Ges. vom 13. Juli 1883 übernommen wird. Hier wird die zurückgetretene Hypothek vom Ersteher als bedingte übernommen, unter der Bedingung nämlich, daß der Gläubiger der vorgetretenen Post aus dem mitverhafteten Grundstück befriedigt wird oder die Rechte auf Befriedigung aus dem versteigerten Grundstück und aus der Uebernahme aufgiebt.

Die Betrachtung solcher Fälle ergiebt einen Gesichtspunkt, der von dem bisher erörterten einigermaßen abweicht. Nehmen wir an, die vorgetretene, von dem Ersteher übernommene Post sei eine Grundschuld und stehe auf einem anderen Grundstück des Subhastaten, und zwar hier — ohne Vorrechtseinräumung — durchaus sicher. Der Subhastat wird von dem Gläubiger der zurückgetretenen — bedingt übernommenen — Post persönlich in Anspruch genommen. Ist die Bedingung ausgefallen — nämlich inzwischen die Grundschuld aus dem versteigerten Grundstück doch noch baar zur Hebung gekommen —, so greift die Einrede nicht durch: es besteht die Replik, der Beklagte sei vermittelst der Vorrechtseinräumung von einer Schuld befreit, die er sonst hätte bestreiten müssen, — nämlich von der Grundschuld, die auf dem ihm noch gehörigen Grundstücke, woselbst sie sicher stand, erloschen ist. Ist die Bedingung eingetreten

— die Uebernahme der zurückgetretenen Post eine endgiltige geworden —, so greift die Einrede wieder nicht durch; denn damit ist die Vorrechtseinräumung wieder beseitigt. Wie aber während des Schwebens der Bedingung? Der Beklagte setzt die Einrede entgegen, der Kläger könne ihm die Hypothek nicht unverkürzt zurückgewähren. Die obige Replik, der Beklagte sei dadurch von einer Schuld befreit, trifft nicht zu; denn die Grundschuld besteht noch. Allein so viel ist durch die Prioritätseinräumung bewirkt, daß der Beklagte für diese Schuld nur noch akzessorisch haftet: wenn er die Grundschuld, die auf seinem Grundstück sicher steht, zahlen muß, so ist doch der Ersteher, der sie mit dem anderen Grundstück übernommen, der materielle Hauptschuldner; der Beklagte tritt daher im Fall der Zahlung in die Grundschuld auch auf dem versteigerten Grundstück ein. Und dort steht sie jetzt an erster Stelle. Also ist Folgendes zu sagen: Durch die Vorrechtseinräumung ist der Beklagte in die Lage versetzt, durch eine Leistung, die er sonst ohne Gegenwerth machen müßte — nämlich durch die Zahlung der Grundschuld, die sonst auf dem versteigerten Grundstück ausgefallen wäre, — sich gerade den Werth zu verschaffen, aus dessen Mangel er die Einrede herleiten will, nämlich die erste Pfandstelle auf dem versteigerten Grundstück. Es greift also wiederum die Replik durch, nach dem Gesichtspunkte, daß andernfalls eine ungerechtfertigte Bereicherung des Beklagten bewirkt würde.

5.

Zur Frage der Anfechtbarkeit der durch Zwangsvollstreckung erlangten Sicherung oder Befriedigung.

Von Herrn Gerichtsassessor Mügel in Berlin.

Die in der Ueberschrift bezeichnete Frage hat Oberlandesgerichtsrath Hassenpflug in diesen Beiträgen Bd. 32 S. 81 von Neuem einer Erörterung unterzogen und ist dabei zu dem Ergebnisse gelangt, daß eine durch Zwangsvollstreckung erlangte Befriedigung unter § 23 Nr. 1 Konk.O. fällt, während das mit einer Pfändung verbundene Pfandrecht nach Nr. 2 dieses Paragraphen anzufechten ist. Ich beabsichtige nicht, in eine ausführliche Untersuchung dieser viel verhandelten Frage einzutreten, sondern möchte nur auf eine Gesetzesstelle aufmerksam machen, welche bis jetzt unbeachtet ge-

blieben ist. Es ist dies der Absatz 3 des § 13 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879. Nachdem zunächst die Behandlung noch nicht erledigter Anfechtungsansprüche im Falle des Ausbruches des Konkurses geregelt ist, heißt es an der angezogenen Stelle:

„Soweit der Gläubiger aus dem Zurückzugewährenden eine Sicherung oder Befriedigung erlangt hatte, finden auf die Anfechtung derselben die Vorschriften des § 23 Nr. 1 Konk.O. entsprechende Anwendung."

Der Sinn dieser Stelle ist nicht zweifelhaft. Die mit der Anfechtungsklage verfolgte Zurückgewähr besteht darin, daß der Dritte die Zwangsvollstreckung in das aus dem Vermögen des Schuldners Veräußerte, Weggegebene oder Aufgegebene dulden muß, gleich als sei dasselbe noch Bestandtheil des Vermögens des Schuldners. Sie führt also zu einer Erweiterung des Kreises der der Zwangsvollstreckung unterworfenen Gegenstände. Die Befriedigung des Gläubigers aus denselben erfolgt in den gewöhnlichen Formen, durch Pfändung und Versteigerung bezw. Ueberweisung. Das Gesetz bestimmt nun ausdrücklich, daß die hierbei erlangte Sicherung oder Befriedigung nach Nr. 1 des § 23 Konk.O. anfechtbar sei, und schließt damit die Anwendbarkeit der Nr. 2 des § 23 aus; es erkennt also an, daß die Sicherung oder Befriedigung eine solche ist, welche der Gläubiger zu beanspruchen hatte.

Das Anfechtungsgesetz giebt demnach für einen besonderen Fall der Zwangsvollstreckung eine mit der bekannten Rechtsprechung des Reichsgerichts in direktem Widerspruche stehende Entscheidung. Gründe, welche Anlaß böten, diesen Fall abweichend von den gewöhnlichen Fällen der Zwangsvollstreckung zu behandeln, und gerade hier die Anfechtung zu beschränken, liegen nicht vor; im Gegentheil ist im Fall der Anfechtungsklage die Wahrscheinlichkeit, daß der vollstreckende Gläubiger von der Zahlungseinstellung Kenntniß gehabt habe, besonders groß. Es muß daher angenommen werden, daß das Gesetz einen als allgemein gültig vorausgesetzten Grundsatz nur auf einen besonderen Fall angewendet hat. Diese Auffassung bestätigen die Motive (Drucksachen des Reichstags, 4. Legislaturperiode II. Session 1879 Bd. IV. S. 667): „Hatte die Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs bereits zu einer freiwillig oder im Wege der Zwangsvollstreckung geleisteten Befriedigung oder in Folge einer Pfändung zu einem Pfandrecht des anfechtenden Gläubigers an dem Zurückzugewährenden geführt, so hat es hierbei sein

Bewenden, es sei denn, daß dem Gläubiger zur betreffenden Zeit die Zahlungseinstellung des Schuldners oder der Konkursantrag bekannt war. In diesem Falle erscheint in gleicher Weise, wie in den Fällen des § 23 Nr. 1 der Konk.O. der Konkursanspruch der übrigen Gläubiger verletzt, da es sich um Sicherung oder Befriedigung aus Vermögensstücken handelt, welche rechtlich als zum Vermögen des Schuldners gehörig anzusehen sind. Entsprechend den erwähnten Vorschriften der Konkursordnung muß daher auch hier die Anfechtung stattfinden. Eine ausdrückliche Bestimmung dessen empfiehlt sich, weil die unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften aus dem Grunde bezweifelt werden könnte, daß die Handlung nicht von dem Schuldner oder gegen den Schuldner selbst erfolgt ist."

Das Gesetz bestimmt also nur ausdrücklich, was sich eigentlich aus den Vorschriften der Konkursordnung von selbst ergiebt.

Wenn ich nun nach der Bedeutung des Umstandes frage, daß man bei Erlaß des Anfechtungsgesetzes von der Meinung ausgegangen ist, die Anfechtung der Zwangsvollstreckungsergebnisse falle unter § 23 Nr. 1 Konk.O., so verkenne ich nicht, daß die Meinung, welche der Gesetzgeber des Jahres 1879 von dem Inhalte der Konkursordnung gehabt hat, noch kein Gesetz ist und nicht im Stande wäre, die Konkursordnung abzuändern, wenn sich aus derselben das Gegentheil ergäbe. Ich meine aber, es bedarf eines zwingenden Beweises, um zu dem Ergebnisse zu gelangen, daß in einem besonderen Falle der Zwangsvollstreckung hinsichtlich der Anfechtbarkeit eine durch nichts gerechtfertigte Ausnahme von der sonst geltenden Regel bestehe. Im Zweifel ist diejenige Auslegung der Konkursordnung zu bevorzugen, welche einen Zwiespalt zwischen zwei in so nahem Zusammenhange stehenden Gesetzen, wie es die Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz sind, vermeidet. Bis jetzt sind, wie mir scheinen will, zwingende Gründe dafür, daß der Gläubiger die durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung oder Befriedigung im Sinne des § 23 Nr. 2 Konk.O. nicht zu „beanspruchen" habe, nicht beigebracht worden. Was insbesondere das in der Entscheidung der vereinigten Civilsenate (Entsch. X. S. 35) an erster Stelle geltend gemachte Bedenken betrifft — das Reichsgericht führt aus, daß nach der von ihm bekämpften Ansicht § 23 Nr. 2 niemals auf die im Exekutionswege erlangte Sicherung Anwendung finden würde, während doch die von der Justizkommission beschlossene Aenderung

der Fassung des § 23 auf der Voraussetzung beruhe, daß für die Anfechtung einer solchen Sicherung bald Nr. 1, bald Nr. 2 anwendbar sei — so dürfte sich dasselbe durch die Unterscheidung zwischen Zwangsvollstreckung und Arrest erledigen lassen. Auf die Gewährung der staatlichen Hülfe zur Verwirklichung eines vollstreckbaren Titels hat der Gläubiger einen unbedingten Anspruch; dagegen ist der Arrest eine außerordentliche, von dem Ermessen des Richters abhängige Maßregel, und es wird um so weniger Bedenken haben, diesen Karakter des Arrestes bei der Auslegung des § 23 Konk.O. zu berücksichtigen, wenn man erwägt, daß § 23 — trotz der in der Justizkommission vorgenommenen Fassungsänderung — zunächst auf Rechtshandlungen des Schuldners berechnet ist und auf die im Vollstreckungsverfahren erfolgenden Maßnahmen nur entsprechende Anwendung finden kann.

Da ich nur eine Anregung, nicht eine erschöpfende Erörterung geben will, beschränke ich mich auf diese kurzen Andeutungen. Der Zweck meiner Zeilen wird erreicht sein, wenn sie Anlaß geben, bei der Entscheidung über die Anfechtbarkeit von Pfändungen auch die Vorschrift des § 13 des Anfechtungsgesetzes in Betracht zu ziehen.

Beiträge zur Erläuterung und Würdigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

1.

Das Familien- und Erbrecht des Entwurfs zum bürgerlichen Gesetzbuche.

Von Herrn Dr. Kloeppel, Rechtsanwalt beim Reichsgericht in Leipzig.

Länger als ein halbes Jahr liegt nun der Entwurf der allgemeinen Prüfung vor. Von Monat zu Monat hat sich die Lebhaftigkeit gesteigert, mit welcher derselbe mehr noch bekämpft als besprochen worden ist, und wenn anfänglich bescheidene Ausstellungen, die nur auf Verbesserung des Entwurfs nach Form und Inhalt ausgingen, von der betroffenen Stelle aus unwirsch aufgenommen wurden, so heißt man nun schon längst jede Stimme willkommen, die an der Möglichkeit festhält, durch Verbesserung zu einem

befriedigenden Ergebnisse zu gelangen. So hat sich denn auch die Stellung der unbefangenen Beurtheilung verschoben: während sie früher ihre eigene Berechtigung fast erst zu erkämpfen hatte, ist sie jetzt mehr darauf gewiesen, jenen Uebertreibungen entgegenzutreten, nach welchen der Entwurf als Grundlage zu weiterer Berathung ganz ungeeignet, ein auf solcher Grundlage zu Stande gekommenes Gesetzbuch ein Unglück für die Nation sein würde. Käme es nur darauf an, die Uebertreibung durch eine andere zu überbieten, so ließe sich mit gleich gutem und vielleicht besserem Recht sagen: jedes auf Grundlage des Entwurfs zu Stande gekommene Gesetzbuch würde, im Ganzen genommen, ein Glück sein gegenüber dem heutigen Zustande der Rechtszersplitterung und Rechtsunsicherheit in Deutschland. Um darüber zu urtheilen, ob ein Rechtszustand für das Volk ein Glück oder Unglück sei, ist das Katheder schlechthin die ungeeignetste Stelle, und vor Allem verführt sie dazu, die Schwierigkeiten der Rechtsverschiedenheit in einem großen einheitlichen Verkehrsgebiete wie das heutige Deutsche Reich zu unterschätzen. Für die Rechtswissenschaft hat die Vielheit der Rechtsgestaltungen einen ähnlichen Reiz, wie für den Naturforscher die Vielheit der Arten; die Erkenntniß jeder neuen Besonderheit wirkt anregend und meist befruchtend auf das wissenschaftliche Denken. Aber dem Land- und Weinbauer läßt sich nicht zumuthen, die wissenschaftliche Befriedigung an dem Kartoffelkäfer und der Reblaus zu theilen; und ebensowenig dem Kaufmann und Fabrikanten, die ihre Waaren in alle Winkel Deutschlands versenden, daß sie die Mannigfaltigkeit der ehelichen Güter- und Erbrechte, welche die Kreditwürdigkeit ihrer Schuldner aufs Verschiedenste gestalten, als eine Erleichterung ihres Geschäfts anerkennen. Auch der vorurtheilsfreie Richter wird gern gestehen, daß er darüber, wie seine Rechtssprüche und das sie bestimmende Recht Wohl und Wehe der Rechtsuchenden berühren, nicht so zu beurtheilen in der Lage ist, als der Anwalt, der allein mit den Betheiligten in unmittelbarer Berührung steht. Diejenigen, welche den Entwurf zu vertreten haben, dürfen sich also mit gutem Grunde auf die wohlwollende Aufnahme, welche derselbe gerade im Anwaltstande gefunden hat, als auf das zuverlässigste Zeugniß wenigstens dafür berufen, daß er kein Unglück über das deutsche Volk bringen würde, wie auch dafür, daß ihm der gesunde praktische Sinn nicht gänzlich fehlen könne. Für den Anwalt aber hat jede Aenderung des Gesetzes nicht nur Unbequemlichkeit, sondern schwere

Verantwortlichkeit im Gefolge; gegen den Anwaltstand ist also der Verdacht, daß er die Rechtseinheit nur aus Muthwillen der Gleichmacherei anstrebe, am allerwenigsten an der Stelle.

Unter den allgemeinen Vorwürfen, welche den Verfassern des Entwurfs gemacht worden sind, ist einer der gewichtigsten die einseitig romanistische Richtung ihrer Arbeit. Aber auch dieser ist mit einer Uebertreibung erhoben worden, welche dringend die Klarstellung erfordert, was damit gemeint sein kann. Das deutsche Recht steht den Aufgaben der heutigen Gesetzgebung wesentlich verschieden gegenüber, je nachdem es sich in der Aufnahme des römischen Rechts lebenskräftig erhalten hat, oder nach gänzlichem Absterben erst durch die gelehrte Forschung wieder zugänglich geworden ist. Jenes nun ist in zweifacher Weise geschehen: einmal in ganzen Rechtsinstituten, welche sich mit Ausschluß der römischen oder neben ihnen behauptet oder wiederhergestellt haben; dann in der Umgestaltung der aufgenommenen römischen Institute durch die unbewußt einwirkende deutsche Rechtsanschauung, vermittelst einer mehr oder minder gewaltsamen Umdeutung der römischen Rechtsquellen, seltener in bewußter Anlehnung an das heimische Recht oder Begründung durch das eigene Rechtsgefühl. In der ersteren Beziehung nun läßt sich dem Entwurf gewiß nicht nachweisen, daß er auch nur ein lebensfähiges Institut des deutschen Rechts ausgestoßen oder verkümmert hätte; im Gegentheil räumt er ohne Scheu mit römischen Instituten auf, welche, wie das Dotalrecht, stellenweise neben den deutschen Geltung erlangt haben. Daß dagegen der Entwurf im vollen Fahrwasser der von Savigny begonnenen Reaktion des reinen römischen Rechts gegen dessen vermeintliche Verunstaltung durch den Mißverstand einer unfähigen Theorie und Praxis schwimmt, ist gerade an dieser Stelle nachdrücklich betont worden; nur daß wir als die zuverlässigsten Zeugen der Lebenskraft des deutschen Rechtsgedankens die großen Gesetzgebungen ansehen, welche vor dem Beginn der romanistischen Reaktion abgeschlossen wurden, und demnach vorweg geneigt sind, überall einen Fehlgriff des Entwurfs anzunehmen, wo er gegen das preußische Landrecht und das französische Gesetzbuch das römische Recht herstellt.

Die gelehrte Erkenntniß des deutschen Rechts kann auch für die Gesetzgebung von großem Werthe sein, wenn sie zeigt, daß eine Aenderung, welche das römische Recht in der Aufnahme erfahren hat, wie durch den Satz der allgemeinen Gültigkeit formloser Ver-

träge, nicht aus dem deutschen Rechte stammt, indem dadurch der Denkträgheit eine willkommene Stütze entzogen wird. Im Uebrigen wird es für uns immer eine große Befriedigung sein, in der sittlichen Anschauung unserer Vorfahren unsere eigene wiederzufinden oder zu sehen, wie sie ein wirthschaftliches Bedürfniß, welches wir noch mit ihnen gemein haben, im Recht verständiger als die Römer zu befriedigen wußten. Aber sofern ein Rechtssatz sich nicht im heutigen Rechte überwiegend behauptet hat, wird es für die Entscheidung, welcher Rechtsgestaltung der Vorzug zu geben ist, wie Reichsgerichtsrath Petersen auf dem Juristentage von 1884 treffend bemerkte, nicht darauf ankommen, was im römischen oder germanischen Rechte gegolten hat, sondern was unsern heutigen Verhältnissen entspricht.

Ein anderer Vorwurf, der nicht weniger der Klarstellung bebedarf, ist der des Mangels an „Volksthümlichkeit", mit welchem sich der des mangelnden gesunden, praktischen Sinnes verbindet. Die Vorstellung, ein Gesetzbuch könne volksthümlich in dem Sinne sein, daß „Jedermann aus dem Volke" oder auch nur der irgendwie Gebildete sich daraus eine zuverlässige Belehrung über sein rechtliches Verhalten entnehmen könne, ist gänzlich verfehlt. Ein Gesetzbuch kann nur in allgemeinen Sätzen sprechen, das wirkliche Rechtsleben hat nur einzelne Fälle, von welchen niemals einer durch einen allgemeinen Rechtssatz erschöpft wird. Immer treffen mehrere, meist viele allgemeine Rechtssätze zusammen, die in der Anwendung auf diesen Fall in einer schwerlich je ganz gleich wiederkehrenden Weise sich bedingen, begrenzen, ergänzen. Diese Vereinigung kann nur in einem lebendigen Menschengedanken vollzogen werden, und dazu ist in der Rechtsordnung allein der erkennende Richter berufen. Ehe dieser gesprochen hat, kann Niemand mit Sicherheit wissen, was in diesem bestimmten Falle Recht ist. Wie wenig die Unmöglichkeit, aus den allgemeinen Sätzen des Gesetzbuches die richterliche Beurtheilung eines Falles vorweg zu nehmen, mit der Unvolksthümlichkeit des Gesetzes zu thun hat, zeigt die Erfahrung, daß nach welchem Rechte immer der Fall zu beurtheilen sein mag, Niemand ein schlechterer Richter in eigener Sache ist als der überhaupt und auch in diesem Rechte gebildete Jurist, bis zu dem Richter in Amt und Würden — eine Erfahrung die jeder Anwalt bestätigen kann, der jemals einen juristischen Klienten gehabt hat. Kein Gesetzbuch ist so volksthümlich im besten Sinne abgefaßt als das preußische Land-

recht, und doch ist es so ungeeignet wie nur eines, den Zweck volksthümlicher Belehrung zu erfüllen. Sein einziger Fehler ist im letzten Grunde, daß sein Verfasser auf diesen Zweck ausgegangen ist, und am Ende hat er sich selbst gestehen müssen, daß er nicht zu erreichen ist. Das Gesetz ist nach seiner ältesten Bestimmung eine Vorschrift nicht für das Volk, sondern für den Richter. Wenn es wirklich, wie es soll, sich mit der Anschauung und den Bedürfnissen des Volkes deckt, wird Jeden sein gesundes Rechtsgefühl den Weg führen, auf dem er mit dem Gesetz im Einvernehmen bleibt, wie das gesunde Gefühl Jeden durchweg zu der gesunden Lebensweise anleitet, die ihn den Naturgesetzen gemäß gesund erhält. Wenn aber ein Zweifel entsteht, so ist es ein so heilloser Irrweg, an der Hand eines volksthümlichen Gesetzbuchs seinen Rechtsfall, wie nach volksthümlichen Werken über Heilkunde seinen eigenen Krankheitsfall zu behandeln. Einen annähernd sicheren Rath im zweifelhaften Rechtsfalle kann nur derjenige geben, der mit genügender Kenntniß des Gesetzes und einer genügenden Fühlung mit den Ansichten des erkennenden Richters selbst eine richterähnliche Ruhe in der Beurtheilung der ihm fremden Angelegenheit verbindet — wie der vorsichtige Arzt in eigener Krankheit nicht leicht die Zuziehung eines Fachgenossen versäumen wird. Der Vergleich unserer Rechtszustände mit den englischen leidet gewöhnlich an einem Fehlschlusse, durch Außerachtlassen des Umstandes, daß in England kein vorsichtiger Geschäftsmann ein wichtigeres Geschäft ohne Berathung mit seinem Anwalte eingeht, während bei uns der Anwalt meistens wie der Arzt häufig erst zugezogen wird, wenn das Unheil geschehen ist.

Gewiß ist auch an ein Gesetzbuch die Forderung zu stellen, daß es volksthümlich abgefaßt sei — aber in keinem anderen Sinne, als sie an ein Gedicht, eine Erzählung oder Beschreibung, an eine philosophische Abhandlung gestellt werden darf: daß jeder Gedanke seinen schlichtesten, von Hintergedanken und verwirrenden Nebenbeziehungen möglichst freien Ausdruck erhalte. In dieser Beziehung leidet gewiß der Entwurf, abgesehen von den schon gerügten Mängeln der Sprache, an einem doppelten Fehler: der Neigung, den Herodes der Abstraktion zu überherodisiren, indem die allgemeinsten Begriffsbezeichnungen auch da herangezogen werden, wo es sich im Ernst nur um eine oder wenige der darunter begriffenen Besonderheiten handelt, und einer Furcht vor Wiederholungen, die den Leser mit der Verweisung auf „sinnentsprechende Anwendung“ von einer

Bestimmung oft durch das halbe Gesetzbuch hindurch jagt. Diese Mängel bedürfen unstreitig der Abhülfe, um den Entwurf brauchbar zu machen, aber sie können ihn keineswegs als von vornherein unbrauchbar erscheinen lassen.

Soll aber der Vorwurf des Mangels der Volksthümlichkeit nicht auf die Fassung, sondern auf den Inhalt des Entwurfs gehen, so würde er mit dem des Mangels an gesundem praktischem Sinne zusammenfallen. Daß der Entwurf in diesem Sinne vielfach hinter den geltenden großen Gesetzgebungen zurück ist, haben wir allerdings in einer Reihe von Fällen festgestellt. Der Grund ist dann eben in der Regel die romanistische Richtung der Verfasser, und zwar liegt diese vielmehr in den Begriffen als in den Rechtssätzen. Wo diese Begriffe nicht hindernd im Wege stehen, hat der Entwurf — wofür sich gewiß eine ebenso lange Reihe von Fällen zusammenstellen ließe — mit römischen Rechtssätzen ohne Schonung aufgeräumt. Im Ganzen aber darf nicht aus den Augen gelassen werden, daß dem Entwurf nur die Aufgabe gestellt war, aus dem bestehenden Rechte einen verständigen Durchschnitt zu ziehen. Was insbesondere die Beachtung wirthschaftlicher Bedürfnisse anlangt, so kann dem Entwurf nur daraus ein Vorwurf gemacht werden, und ist ihm auch von uns kein anderer gemacht worden, als daß er Rückschritte gegen das geltende Recht macht.

Uebrigens ist die letzte Entscheidung darüber, ob ein Gesetzentwurf zum Glück oder Unglück eines Landes gereichen wird und ob er gesunden praktischen Sinn bekundet, nicht Sache des Fachmannes, sondern des Staatsmannes. Auf die Gestaltung des Privatrechts wird bei uns den Juristen eher zu viel als zu wenig Einfluß gelassen, und er wird ihnen auch diesmal bleiben, wenn sie über den Entwurf sich zu verständigen wissen. Die aber etwa meinen, man brauche sich zu demselben nur recht unversöhnlich zu stellen, um ihn zu den Todten zu legen, werden sich aller verständigen Voraussicht nach getäuscht haben. Ueber die Nothwendigkeit der Vollendung des Werkes deutscher Rechtseinheit stimmt der gesunde Sinn des Volkes mit der staatsmännischen Einsicht zusammen. Das Bedürfniß geht aber vor Allem auf gleiches und sicheres Recht; über die Güte des Gesetzes läßt sich endlos streiten, so lange nicht die Erfahrung den gleichmäßigen Prüfstein ergeben hat. Wer sich dessen zu bescheiden weiß, wird in diesem Entwurf so gut die Grundlage zur Verständigung finden als in irgend einem anderen, den irgend

welche Weisheit mit abermaligem Verlust von Jahren herstellen möchte. Wer bei der schroffen Ablehnung beharrt oder Ausstellungen und Wünsche in einer Weise häuft, daß die Bewältigung solchen Berathungsstoffes unabsehbar würde, muß es sich selbst zurechnen, wenn seine Stimme ungehört verhallt.

Nach alledem wird unser Verhalten zum Entwurf unverändert bleiben. Kein Einzelner kann sich unterfangen, über eine solche Arbeit binnen weniger Monate nach allen Richtungen abzuurtheilen. Jeder wird sich an das halten, was eigene Erfahrung und Nachdenken ihm besonders nahe legen. Manches Bedenken wird erst bei wiederholter Beschäftigung mit dem Entwurf auftauchen, das eine und andere auch gehoben oder abgeschwächt werden. Immer aber wird die doppelte Klippe zu vermeiden sein, daß die Behandlung des Gegenstandes weder ins Allgemeine ausschweife, noch sich an solche Einzelnheiten klammere, die aus einem durchdachten Zusammenhange sich nicht leichthin herausreißen lassen.

I.

Der Entwurf geht, wie die Motive (IV. S. 562) sagen, davon aus, daß die Ehe „eine von dem Willen der Ehegatten unabhängige sittliche und rechtliche Ordnung ist". Ist damit die unwürdige naturrechtliche Auffassung der Ehe als eines Vertragsverhältnisses zurückgewiesen, so wäre es folgerichtig angezeigt, in Bezug auf die Ehe Ausdrücke zu vermeiden, welche von Vertragsverhältnissen üblich und gerade nur aus jener zurückgewiesenen Auffassung heraus auf die Ehe übertragen sind. Selbst das preußische Landrecht und das französische Gesetzbuch, obwohl sie unter der Herrschaft der Naturrechtslehre entstanden sind und sonst unbedenklich von „geschlossener" Ehe und von „mariage contracté" sprechen, gebrauchen doch an den entscheidenden Stellen andere Ausdrücke (A.L.R. II. 1 § 136 die Ehe wird „vollzogen", Cod. civ. Art. 165 le mariage sera célébré). Nach dem sächsischen Gesetzbuche wird die Ehe „eingegangen" (§§ 1588—89; freilich entschlüpft gleich in § 1590 „geschlossen"). Erst das Reichsgesetz über den Personenstand spricht schlechthin von Eheschließung und der Entwurf folgt ihm durchweg. Damit hängt es enge zusammen, daß der Entwurf in Bezug auf die Ehe von „geschäftsunfähigen" (§§ 1231, 1250, 1251) und „in der Geschäftsfähigkeit beschränkten" (§ 1232) Personen spricht; und die Motive sagen (IV. S. 44) gerade heraus, daß die „Eheschließung

sich rechtlich betrachtet als ein Rechtsgeschäft darstellt", da durch sie „das Rechtsverhältniß der Ehe begründet wird". Will man jedes rechtlich geordnete Verhältniß ein Rechtsverhältniß nennen, so fällt unter diesen Begriff freilich auch die Ehe wie die Eltern- und Kindschaft. Aber dann ist der Begriff auch ein ganz leerer und für eine durchdachte Rechtssprache unbrauchbarer, da jede denkbare Beziehung unter Menschen irgendwie von der Rechtsordnung erfaßt und insoweit dann auch rechtlich geordnet ist. Dem Sprachsinne wie dem genauen Gebrauche allein gemäß ist aber die Bedeutung des Rechtsverhältnisses als eines Verhältnisses von Rechten, d. h. ein Verhältniß unter Menschen als Trägern sog. subjektiver, eigener Rechte. Dann ist der Begriff ebenso bestimmt in das Privatrecht allein verwiesen wie von dem Begriffe des eigenen Rechts selbst scharf geschieden, mit welchem er leider bei manchen wissenschaftlichen Schriftstellern unklar durcheinander läuft. In diesem Sinne ist die Ehe so wenig ein Rechtsverhältniß wie die Eltern- und Kindschaft: beide sind vielmehr natürliche Zustände, Stücke der „realen Naturordnung" des Menschenlebens, an welche die Rechtsordnung Rechte und damit Rechtsverhältnisse geknüpft hat. — Mag man aber immer die Ehe als ein Rechtsverhältniß im ersteren Sinne bezeichnen, so folgt daraus nicht, daß die Eingehung der Ehe ein Rechtsgeschäft sein müßte, was dem gesunden Gefühle schon anstößig ist. Es folgt nicht einmal nach der Begriffsbestimmung der Motive (I. S. 126): „Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfs ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbingung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist." Ein rechtlicher Erfolg, auf welchen eine „Privatwillenserklärung" gerichtet ist, kann nicht ein Erfolg für die Rechtsordnung sein, denn diese ist von allem Privatwillen unabhängig; es muß also ein Erfolg für die Rechte Privater sein. Aber wenn die Ehe selbst kein Verhältniß von Rechten Privater ist, solche Verhältnisse vielmehr erst an den Bestand der Ehe als ihre Folgen geknüpft sind, so ist es nicht nur nicht nothwendig, daß die „Privatwillenserklärung", durch welche die Ehe eingegangen wird, auf solche rechtliche Folgen gerichtet ist, es würde vielmehr die sittliche Gesinnung desjenigen eine verwerfliche sein, welcher im Stande wäre, im Augenblick der Eingehung der Ehe seine Absicht auf solche rechtliche Erfolge gerichtet zu halten. Aber die Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts, von welcher der Entwurf ausgeht, ist nach dem

Sprachsinn des Wortes viel zu weit. Ein Geschäft ist, was der Mensch schafft, und er kann nur schaffen im Bereiche dessen, was Gegenstand seiner Thätigkeit ist, rechtlich also nur im Bereiche seines Vermögens. Der Begriff des Rechtsgeschäfts gehört demnach, wofür auch durchaus der ältere Gebrauch des Wortes spricht, allein ins Vermögensrecht. Aus seinem Selbst, seiner „Person" kann der Mensch nichts schaffen, die Eingehung der Ehe, wobei die Brautleute nur über sich selbst bestimmen, kann nicht ein Rechtsgeschäft sein. — Es rächt sich hier, daß der Entwurf den Begriff der Rechtshandlung nicht aufgenommen hat, obwohl dieser in der neueren Gesetzessprache in bestimmtem Gegensatze zum Rechtsgeschäft verwendet worden ist. Wo die Rechtsordnung den Eintritt rechtlicher Folgen weder an ein auf rechtlichen Erfolg gerichtetes Schaffen, welches dadurch zum Rechtsgeschäft wird, noch an ein natürliches Ereigniß — wie bei der Eltern- und Kindschaft an die Geburt — anknüpfen kann, so bedarf sie dazu einer Handlung des Menschen. Und zwar ist dies entweder eine natürliche, der gewöhnlichen Thätigkeit des Menschen angehörige Handlung, welche durch die Anknüpfung rechtlicher Folgen zur Rechtshandlung wird; oder die Rechtsordnung schreibt eine besondere Rechtshandlung vor, welche dann im Gegensatze zu jener einfachen eine feierliche genannt werden kann. Eine feierliche Rechtshandlung in diesem Sinne ist, wie beispielsweise die Auflassung des preußischen Grundbuchrechts und alle Handlungen des Rechtsverfahrens, auch die zur Eingehung der Ehe vorgeschriebene.

Diese begrifflichen Unterscheidungen möchte man leicht geneigt sein, für leeren Wortstreit zu nehmen; indeß wird sich alsbald zeigen, daß fast alle Fehler des Entwurfs in den Bestimmungen über Nichtigkeit und Ungültigkeit der Ehe durch die Verkennung des Wesens derjenigen Handlung bedingt sind, durch welche die Ehe eingegangen wird. Die Ehe soll nach § 1250 Nr. 1 nichtig sein, wenn sie nicht in der durch die §§ 1245—48 vorgeschriebenen Form „geschlossen" ist. Die Motive behandeln dies als eine selbstverständliche Folge der Bestimmung in § 91, daß ein „Rechtsgeschäft" Mangels der vorgeschriebenen Form nichtig ist, und knüpfen daran als ebenso selbstverständlich die Folge des § 108, daß ein nichtiges „Rechtsgeschäft" rechtlich so angesehen wird, als ob es nicht vorgenommen wäre. Der Entwurf indeß läßt diese Folge nur bei der Nichtigkeit wegen Formmangels eintreten; jede aus anderm Grunde nichtige Ehe ist nach § 1252 „so lange als gültig anzusehen, bis

sie aufgelöst oder (im Wege der Nichtigkeitsklage) für ungültig erklärt ist." Der Entwurf kann sich für diese Unterscheidung auf den herrschenden Sprachgebrauch stützen; das Reichsgericht (Bd. IX. S. 214 der Entsch.) setzt für die Nichtigkeitsklage nach gemeinem Recht eine „in gesetzlicher Form geschlossene" Ehe voraus, und Dernburg (preuß. Privat-R. III. § 8 i. A.) nach preußischem Recht eine Ehe, welche „prima facie besteht," weil „die wesentlichen Formen der Eingehung gewahrt sind." Aber daß eine Ehe prima facie besteht, kann doch nur heißen sollen, daß eine Verbindung besteht, welche die Verbundenen selbst für eine Ehe halten und die auch von andern dafür gehalten wird, weil die zur Eingehung der Ehe von der Rechtsordnung vorgeschriebene Rechtshandlung vorgenommen wurde. Ob die gesetzlichen Formen dieser Handlung beobachtet wurden, kann sich dem Urtheil der Ehegatten selbst und wird sich vollends dem Urtheile der Anderen entziehen, also für die prima facie-Vorstellung, daß eine Ehe bestehe, nicht bestimmend sein. Die richtige Unterscheidung hat die französische Rechtsprechung mit gesundem Gefühle trotz der Ungenauigkeit des gesetzlichen Sprachgebrauchs getroffen. Auch eine unter Verletzung wesentlicher Formen eingegangene, aber thatsächlich bestehende Ehe kann nur im Wege der Nichtigkeitsklage angegriffen werden, aber eine Ehe, die überhaupt nicht vor einem Standesbeamten geschlossen wurde, ist schon kraft des Gesetzes als nicht bestehend anzusehen. Der durchschlagende Grund für diese Unterscheidung ist, daß die Erklärung vor dem Standesbeamten nicht zur Form gehört, sondern die Sache selbst, eben jene Rechtshandlung ist, an welche die rechtlichen Folgen der Ehe gebunden sind. Niemand kann in der geltenden Rechtsordnung auf den Gedanken kommen, eine Ehe eingegangen zu sein, wenn das nicht vor dem Standesbeamten geschehen ist, und darum kann es selbstverständlich nicht erst einer Klage bedürfen, um einer derartigen Verbindung den Karakter der Ehe abzusprechen. Daß man aber die Sache selbst für einen Theil der Form nimmt, entspricht eben der mißverständlichen Auffassung des Ehevollzugs als eines Rechtsgeschäfts. Wäre sie dies wie Kauf oder Testament, so würde allerdings zu dem real Geschaffenen jede von der Rechtsordnung vorgeschriebene Zuthat als Form einen schon gegebenen Inhalt umkleiden. Dann würde man eben auch in diesen Formen nur „die Gewinnung größerer Garantien für die Ernstlichkeit des Willens" und „die Sicherung des Beweises" suchen, es würde sich dann aber auch immer die Frage

aufwerfen, ob diese Garantien und diese Sicherung sich nicht ebenso gut in der Erfüllung des „Geschäfts", wie in irgend welcher Form darbieten. Wenn aber für die Eingehung der Ehe eine Erklärung vor dem Standesbeamten gefordert wird, so handelt es sich noch nicht um Garantien und Sicherung, sondern vor Allem darum, eine feste Stelle zu haben, an welche der Eintritt der Rechtsfolgen des ehelichen Verhältnisses geknüpft werden kann, und zugleich um eine obrigkeitliche Prüfung, ob die rechtlichen Bedingungen dazu gegeben sind. Denn dadurch unterscheidet sich die Mitwirkung des Standesbeamten wesentlich von der einer bloßen Urkundsperson zur Aufnahme eines Kaufvertrags oder Testaments, daß jenem, ebenso wie dem Grundbuchrichter, bei der Auflassung eine obrigkeitliche Verrichtung obliegt. Daß übrigens hier schon die bloße Rechtshandlung ohne besondere förmliche Einkleidung Garantien für die Ernstlichkeit des Willens und Sicherung des Beweises gewährt, gehört nicht zu ihrem Wesen und kann darum weiterhin in Frage kommen, ob für diese Zwecke noch Formvorschriften angezeigt sind, durch welche die Gültigkeit der Ehe bedingt sein soll. Solche Vorschriften wiegen dann aber neben der vollzogenen Rechtshandlung gewiß nicht schwerer als andere gesetzliche Bedingungen für die Gültigkeit der Ehe.

Die Unzuträglichkeit der entgegengesetzten Auffassung des Entwurfs, welche die Rechtshandlung selbst mit ihren Formen unterschiedlos zusammenwirft, wird denn auch höchstens gemildert, nicht gehoben durch die möglichste Einschränkung der als „wesentlich" erachteten Formen. Zu diesen soll nur gehören, nach § 1245, daß die Ehe vor einem (gleichviel ob zuständigen) Standesbeamten in dessen Amtsbezirk geschlossen wird, und zwar nach § 1248 so, daß die Verlobten vor dem Standesbeamten bei gleichzeitiger Anwesenheit persönlich und in Gegenwart von zwei Zeugen (gleichviel ob zeugnißfähigen) den Willen der Eheschließung erklären, und daß hierauf die Ehe von dem Standesbeamten für geschlossen erklärt wird. Die Zuständigkeit des Standesbeamten (§ 1246), die Zeugnißfähigkeit der Zeugen und die von den Verlobten und vom Standesbeamten zu sprechenden Worte (§ 1249) sind nur Ordnungsvorschriften. Aber auch so bleibt das dem gesunden Gefühl aufs äußerste widerstrebende Ergebniß, daß eine zwischen Vater und Tochter, Bruder und Schwester oder eine bigamisch eingegangene Ehe bis zur Ungültigkeitserklärung durch richterliches Urtheil als gültig anzusehen ist, dagegen wenn im Augenblick der entscheidenden Erklärung vor dem Standesbeamten

nur ein Zeuge zugegen war oder der Standesbeamte, ohne daß die Ehegatten darauf achteten, unterlassen hat, die Ehe für geschlossen zu erklären, jeder von beiden die Ehe beliebig als nicht bestehend behandeln und den andern ohne Weiteres verlassen kann.

Wollte man also mit der Nichtigkeit der Ehe ipso jure in dem römischen Sinne des non est matrimonium Ernst machen, so dürfte man von Nichtigkeit nur in dem Falle reden, daß die Ehe überhaupt nicht vor einem Standesbeamten eingegangen ist. Stellt aber der Entwurf sich auf den Boden des geltenden Rechts, nach welchem die Nichtigkeit wie eine Eigenschaft der als bestehend angenommenen Ehe behandelt wird, so heißt sie in der That nichts anderes, als daß die Ehe von der Rechtsordnung als eine schlechthin ungehörige angesehen wird, die nicht hätte eingegangen werden dürfen. Dieser Sinn wird treffend durch § 933 II. 1 A.L.R. ausgedrückt: Ehen, welche wegen obwaltender Verbotsgesetze niemals bestehen können, heißen nichtig. Eben weil sie niemals bestehen können, d. h. dürfen, soll von Amtswegen die Erklärung ihrer Nichtigkeit herbeigeführt werden. Wenn also umgekehrt § 592 der C.P.O. Nichtigkeitsklage nennt die Klage auf Anfechtung einer Ehe aus einem Grunde, welcher auch von Amtswegen geltend gemacht werden kann, so setzt dies wieder voraus, daß die Ehe einem unbedingten Verbotsgesetze zuwider eingegangen ist, denn aus einem anderen Grunde wird die Rechtsordnung eine Ehe nicht von Amtswegen angreifen wollen, als weil sie niemals soll bestehen dürfen. — Wenn nun der Entwurf schon in dem Abschnitte von den Ehehindernissen die Fälle der Nichtigkeit als solche heraushebt, in welchen eine Ehe nicht geschlossen werden kann, während sie in anderen Fällen nicht geschlossen werden darf, so ist diese Unterscheidung schon deshalb schief, weil das Nichtkönnen in der That nur ein Nichtdürfen ist. Könnten wirklich Verwandte in verbotenem Grade eine Ehe nicht eingehen, so würde ja der Fall gar nicht eintreten, sie als nichtig anzugreifen. Wollte aber der Gesetzgeber sagen: „ein Geschäftsunfähiger darf eine Ehe nicht schließen", so müßte er sich sofort fragen: warum sollte denn diese Ehe derart verboten werden, daß sie niemals bestehen könnte? Und in der That will dies der Entwurf auch nicht. Denn die nach § 1250 Nr. 2 wegen Geschäftsunfähigkeit „nichtige" Ehe kann nach § 1251 mit erlangter Geschäftsfähigkeit genehmigt werden. Damit ist aber der Begriff der Nichtigkeit in obigem Sinne aufgegeben; warum wegen eines Mangels,

dessen Hebung den Betheiligten zu irgend einem späteren Zeitpunkt überlassen ist, die Ehe in der Zwischenzeit von Amtswegen oder durch einen Dritten zur Wahrung eigener Rechte müßte zerstört werden können, ist in den Motiven in keiner Weise ersichtlich gemacht. Ebensowenig ist dann aber abzusehen, warum der Mangel einer bloßen Form — immer die Vornahme der Rechtshandlung selbst vor dem Standesbeamten vorausgesetzt, ohne welche eine Ehe überhaupt nicht besteht — härter behandelt werden sollte als die „Geschäftsunfähigkeit". Denn diese ist doch gänzlicher Mangel eines rechtlich in Betracht kommenden Willens, während der Mangel der Form nur die „Garantien für die Ernstlichkeit des Willens" abschwächt. Warum sollte es also hier nicht den Betheiligten überlassen sein, diese Ernstlichkeit des Willens hinterher in unzweideutigster Weise durch Fortsetzung des ehelichen Lebens zu bekunden?

Uebrigens erkennt der Entwurf auch für seine Nichtigkeit wegen „Formmangels" das Bedürfniß einer im Verfahren für Ehesachen zu verhandelnden Klage an (Anm. 1 zu § 1250 unter II. und III.). Er nennt sie zwar im Unterschiede von der Nichtigkeitsklage eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe. Aber das Reichsgericht (a. a. O.) nennt auch die Nichtigkeitsklage Feststellungsklage, obwohl es sie nicht unter den § 231 C.P.O. begreift. In der That ist die eine so wenig wie die andere Klage eine bloße Feststellungsklage im Sinne des § 231; denn das Wesen dieser besteht darin, daß zu einer Zeit geklagt werden kann, zu welcher der Kläger keine wirksame Rechtsfolge aus dem behaupteten Rechtsverhältnisse abzuleiten oder aus dem bestrittenen abzuwehren in der Lage ist. Die beiden Klagen des Entwurfs aber kommen darin völlig überein, daß es, wie die gleichlaufenden Bestimmungen unter III. a. a. O. ergeben, auf eine ganz bestimmte Wirkung zur Zeit der Klage abgesehen ist. Der Unterschied ist nur der, daß während die Nichtigkeitsklage von demjenigen anzustellen ist, welcher die Wirkungen einer prima facie bestehenden Ehe abwehren will, die sog. Feststellungsklage des Entwurfs regelmäßig von demjenigen Theile anzustellen sein würde, der behauptet, daß eine Ehe bestehe, also zugleich doch auch deren Rechtswirkungen alsbald für sich in Anspruch nimmt. Denn es ist kaum abzusehen, wie derjenige, welcher in der Lage ist, den Bestand der ipso jure nichtigen Ehe einfach zu bestreiten, dazu kommen sollte, erst auf Feststellung des Nichtbestehens der Ehe zu klagen. In diesem Unterschiede nun steht die Feststellung

bei der Nichtigkeitsklage ganz der Feststellung bei der actio negatoria, bei der sog. Feststellungsklage des Entwurfs ganz der Feststellung bei der actio confessoria gleich, d. h. es handelt sich eben nicht um bloße Feststellung, sondern um die Abwehr oder Behauptung sofort wirksamer Rechtsfolgen. Die Unterscheidung des Entwurfs läuft also im Wesentlichen auf Abwälzung der Klage- und Beweislast hinaus. Denn die Nichtigkeitsklage ist auch deshalb keine Feststellungsklage im Sinne des § 231, weil bei dieser das Bestehen des streitigen Rechtsverhältnisses allemal von demjenigen zu beweisen ist, der es behauptet, mag er Kläger oder Beklagter sein. Bei jener hat der Kläger die behauptete Nichtigkeit der Ehe, also einen bestimmten Nichtigkeitsgrund zu beweisen. Auch unter diesem Gesichtspunkte ist nicht abzusehen, warum nicht in gleicher Weise derjenige, welcher eine vor dem Standesbeamten eingegangene Ehe als nichtig wegen Formmangels angreift, den behaupteten Nichtigkeitsgrund durch Klage geltend zu machen und zu beweisen haben sollte.

Die Fassung der Bestimmungen des Entwurfs, daß „der Geschäftsunfähige keine Ehe schließen kann" und die dennoch geschlossene Ehe wegen „Geschäftsunfähigkeit" nichtig ist, entspringt übrigens nicht allein der falschen Vorstellung der Eheschließung als eines Rechtsgeschäfts, sondern auch der Neigung, die Dinge und Verhältnisse statt nach ihren greifbaren Merkmalen mit einer im allgemeinen Theil vorausgeschickten Abstraktion zu bezeichnen. „Geschäftsunfähig" ist nach § 64 eine Person, welche im Kindesalter steht, und das Kindesalter dauert nach § 25 bis zum zurückgelegten siebenten Lebensjahre. Uebertragen wir nun diese Bestimmungen, wozu uns die Fassung des Entwurfs auffordert, in die §§ 1231 und 1250 Nr. 2, so würde die Ehe des nur sechsjährigen Kindes hiernach nichtig, dagegen die des siebenjährigen nur wegen Eheunmündigkeit nach § 1259 Nr. 3 anfechtbar sein, und zwar nach § 1261 Nr. 3 nur von Seiten des Kindes. Allerdings kann das nur siebenjährige Kind, weil „in der Geschäftsfähigkeit beschränkt" (§ 65) nach § 1232 die Ehe nur mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters die Ehe schließen; ist sie aber ohne diese Einwilligung doch geschlossen, so begründet dies nach § 1259 Nr. 4 wieder nur die Anfechtbarkeit der Ehe und zwar nach § 1261 wieder nur zu Gunsten des in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Kindes. Ferner: wenn die Ehe des sechsjährigen Kindes gedauert hat, bis es aufhört geschäftsunfähig zu sein, d. h. bis es sieben Jahre alt geworden ist,

so wird die nichtige Ehe gültig, wenn das siebenjährige Kind sie genehmigt (§ 1251). Freilich, wenn zu dieser Genehmigung der gesetzliche Vertreter des noch in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkten Kindes seine Einwilligung nicht ertheilt hat, bleibt die Ehe nach § 1259 Nr. 4 anfechtbar, aber wieder nur nach § 1261 Nr. 4 von Seiten des Kindes. Endlich würde nach § 1254 der „in der Geschäftsfähigkeit beschränkte" siebenjährige Ehegatte in Ansehung des Rechtsstreits prozeßfähig. Wir haben allen Grund zu der Annahme, daß keiner dieser Fälle eintreten wird; wozu denn aber eine Fassung des Gesetzes, welche geradezu herausfordert, sie als möglich vorauszusehen? Geschäftsunfähig ist nach § 64 außer der „Person im Kindesalter" nur der des Vernunftsgebrauchs auch nur vorübergehend Beraubte und der wegen Geisteskrankheit Entmündigte. Wenn nun in den §§ 1231 und 1250 Nr. 2 nur dieser seltenere Fall der Geschäftsunfähigkeit ernstlich gedacht ist, wie auch die Motive zu § 1251 ergeben, wozu ist nicht das wirklich Gedachte gerade heraus gesagt? Sollte es angezeigt sein, eine Altersgrenze zu bestimmen, unterhalb deren die Ehe als nichtig anzusehen, oberhalb deren sie nur als wegen Eheunmündigkeit anfechtbar zu behandeln wäre, so würde dazu wahrlich Niemand das siebente Lebensjahr wählen. Die bisherigen Gesetzgebungen aber haben sich mit der einen Altersgrenze begnügt, welche der Entwurf Ehemündigkeit nennt, und der Entwurf schließt sich mit gutem Grunde dem preußischen Landrecht an, welches die unter dieser Grenze eingegangene Ehe nur als ungültig (anfechtbar im Sinne des Entwurfs) behandelt. Die Eingehung der Ehe durch einen Wahnsinnigen, gleichviel ob entmündigt oder nicht, würde unter den Begriff der mangelnden Einwilligung fallen, wenn nicht der Entwurf geglaubt hätte, dieses Erforderniß des § 28 des Gesetzes über den Personenstand durch seinen Begriff der „Geschäftsfähigkeit" zu ersetzen.

Das Ergebniß dieser Erörterung ist also, daß in § 1245 des Entwurfs von dem Satze auszugehen wäre: Eine Ehe besteht nur, wenn sie vor einem Standesbeamten von den persönlich und gleichzeitig anwesenden Verlobten eingegangen ist. Der Fall, daß ein Standesbeamter wissentlich versuchen sollte, eine Amtshandlung außerhalb seines Amtsbezirks vorzunehmen, ist so wenig vorauszusehen, daß man füglich der Rechtsprechung überlassen kann, nach den Umständen zu entscheiden, ob er nicht als Standesbeamter oder als ein unzuständiger anzusehen wäre, und die unwissentliche Ueber-

schreitung anders zu behandeln, wie die Unzuständigkeit, ist vollends kein Grund. Für den § 1250 aber bliebe nur die Bestimmung übrig: Die vor dem Standesbeamten eingegangene Ehe ist nichtig, wenn sie gegen eines der Verbote der §§ 1234 (Bigamie) und 1236 (verbotene Verwandtschaftsnähe, im Wesentlichen entsprechend dem § 33 des Personenstandsgesetzes jedoch mit Ausscheidung des wegen Ehebruchs Geschiedenen). Daß der Entwurf die Nichtigkeit nach dieser Seite nicht weiter ausdehnt, kann nur gebilligt werden.

Der Mangel der für die Rechtshandlung vor dem Standesbeamten vorgeschriebenen Form, einschließlich der Unzuständigkeit des Beamten in der oben besprochenen Ausdehnung, würde hiernach an die Spitze der sog. Anfechtungsgründe rücken. Was die Frage betrifft, welche Formen als wesentliche anzusehen wären, so kann dem, was die Motive über die Zuziehung der Zeugen sagen, durchaus zugestimmt werden, um so mehr als dieses ein uralter und für die Betheiligten kaum zu beschwerlicher Brauch ist. Daß der Standesbeamte die Ehe für „geschlossen" erkläre, und zwar in dem Sinne, daß sie erst durch diese Erklärung geschlossen werde, ist für die herrschende politische Anschauung noch selbstverständlicher, und man wird es dem Entwurf kaum verzeihen, daß er die Zauberworte „kraft des Gesetzes" unter die bloßen Ordnungsvorschriften des § 1249 verweist. Gleichwohl erscheint uns diese Auffassung so wenig mit der geschichtlichen Ueberlieferung wie mit einer würdigen Vorstellung der Ehe vereinbar. Nach der katholischen Anschauung, welcher die Ehe ein Sakrament ist, sind es doch die Eheleute selbst, die sich das Sakrament spenden, nicht der einsegnende Priester; und rechtlich wird nach dem Tridentinum die Ehe nur coram parocho, vor dem Pfarrer von den Ehegatten selbst eingegangen. Bis zu den protestantischen Kirchenrechtslehrern des 18. Jahrhunderts hat auch in diesem Bekenntnisse die kirchliche Trauung nur als die religiöse Weihe der von den Ehegatten eingegangenen Ehe gegolten, und der Geistliche gab die Eheleute zusammen nicht kraft obrigkeitlicher oder seelsorgerischer Macht, sondern als „gekorener Trauungsvormund". Die Vorstellung, daß die Ehe durch die kirchliche Trauung zu Stande komme, hat also in Deutschland kaum hundert Jahre bestanden. Daß sie „kraft des Gesetzes" durch die obrigkeitliche Handlung des Standesbeamten geschlossen werde, ist ein Zopf der romanisch-naturrechtlichen Gesetzesvergötterung, den es endlich an der Zeit wäre uns abzuschneiden, nachdem der politische Streit

über die Civilehe zur Ruhe gekommen ist. Der Staat hat vollauf genug daran, daß die Ehe nur vor dem Standesbeamten rechtsgültig eingegangen werden kann. Dagegen hätte es kein Bedenken und würde die Ernstlichkeit des Willens unzweideutig bekunden, wenn die schlichte Frage des Standesbeamten an die Verlobten „ob sie die Ehe mit einander eingehen wollen" und deren ausdrückliche Bejahung durch beide Theile als wesentliche Form festgehalten würde. Dem Formmangel zunächst würden die Anfechtungsgründe wegen mangelnder Ehemündigkeit und der mangelnden Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu der Ehe des „in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten" (§ 1259 Nr. 3, 4) kommen. „In der Geschäftsfähigkeit beschränkt" ist nach § 65 nur der nicht mehr geschäftsunfähige Minderjährige, aber durch § 70 sind den Minderjährigen die wegen Verschwendung Entmündigten, durch § 71 die gemäß § 1737 unter Vormundschaft gestellten Blinden, Tauben und Stummen, und die gemäß § 1737 nach eingeleitetem Entmündigungsverfahren vorläufig unter Vormundschaft Gestellten gleichgesetzt; und für alle diese wird unter dem gemeinschaftlichen Ausdrucke in § 1737 zur Eheschließung die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfordert. Wenn die Motive dies damit begründen, es fehle an einem genügenden Grunde, das „Prinzip" zu durchbrechen, so würde sich doch zunächst fragen, warum das „Prinzip" überhaupt in dieser Allgemeinheit aufzustellen war, und warum § 1737 den „in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten" nennen muß, während § 29 des Personenstandsgesetzes nur den Minderjährigen als der Einwilligung bedürftig nennt. Indeß wird damit in der Hauptsache für einen großen Theil des deutschen Reichs, insbesondere für die Gebiete des preußischen Landrechts und des sächsischen Gesetzbuchs nur der Rechtszustand vor jenem Reichsgesetze hergestellt; und da der verkehrte Hang, welcher die Verschwendung erzeugt, regelmäßig auch zu leichtsinnigen Ehen verführt, so dürfte der Entwurf mit dieser Aenderung nicht auf unüberwindliche Bedenken stoßen. Von dem angezogenen § 29 weicht der Entwurf auch darin ab, daß während jener die Einwilligung des Vormundes bei Minderjährigen nur als Ersatz hinter das weitergehende Einwilligungsrecht der Eltern stellt, der Entwurf dieses in § 1238 besonders behandelt, weil es nicht nur zum Schutze der Kinder, sondern auch als eigenes Recht den Eltern gegeben sei, mit Rücksicht auf die Pflichten, welche ihnen aus der Ehe des Kindes erwachsen. Die Auffassung ist gewiß richtig, es ist nur nicht ersichtlich, warum sie in der einfacheren Fassung

des Reichsgesetzes nicht zur Geltung gekommen sein sollte. Bezüglich der Klage, welche § 32 des Personenstandsgesetzes den großjährigen Kindern wegen Versagung der Einwilligung giebt, ist auf Grund der Verhandlungen des Reichstages über diese Frage bisher zweifelhaft gewesen, ob damit schlechthin der Prozeßweg eröffnet sein, oder dem Landesrecht vorbehalten sein sollte, die Entscheidung dem Vormundschaftsrichter zu überlassen oder zu übertragen. Letzteres ist nach dem Reichsgesetze in Baden geschehen; das Reichsgericht aber hat kürzlich entschieden, daß § 32 ein Recht auf den Prozeßweg eröffne, und die entgegenstehenden älteren Vorschriften der Landesgesetze damit aufgehoben seien; demnach würde das badische Gesetz gegen Art. 2 der Reichsverfassung verstoßen. Wie die Motive erläutern, hat der Entwurf die Frage damit entschieden, daß er dem Kinde, und zwar auch dem minderjährigen, einen „Anspruch" auf Ertheilung der Einwilligung zuspricht. Die Motive übersehen aber, daß dieser „Anspruch", da er nicht wie im preußischen Landrechte und anderen Landesgesetzen durch bestimmte Versagungsgründe rechtlich abgegrenzt ist, vielmehr der Richter nach seinem Ermessen entscheiden soll, ob „ein wichtiger, nach den Umständen des Falles die Verweigerung rechtfertigender Grund vorliegt", ein Widerspruch in sich ist. Eine derartige Entscheidung ist keine richterliche über streitiges Privatrecht, sondern eine obrigkeitliche nach Rücksichten der Wohlfahrt, wie ähnliche Entscheidungen des Vormundschaftsrichters. Die schweren Bedenken, welche schon bei den Verhandlungen über das Reichsgesetz gegen eine solche Ausdehnung des richterlichen Ermessens laut geworden sind, gehen aber in ihrem wirklichen Grunde auf den Zweifel zurück, ob der ordentliche Richter im Privatrechtsstreit die geeignete Behörde für Familienzwistigkeiten ist, ein Zweifel, der uns noch an verschiedenen Stellen aufstoßen wird.

Obwohl der Entwurf die Einwilligung als allgemeines Erforderniß für die Eingehung der Ehe entbehrlich erachtet hat, stellt er in § 1259 Nr. 1 und 2 Anfechtungsgründe wegen der, sei es in Folge von Drohung und Betrug, sei es wegen Irrthums mangelnden Einwilligung auf. Nach unseren vorausgehenden Erörterungen hätte hier eine allgemeine Bestimmung voranzugehen: „Die Ehe ist ungültig (anfechtbar), wenn bei einem der Ehegatten in Folge von Geistesstörung, Drohung, Betrug oder Irrthum die freie Einwilligung mangelte, nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen." Den Begriff des Betrugs dehnt der

Entwurf in einer Weise aus, daß darunter ein großer Theil der bisherigen Anfechtungsfälle wegen Irrthums fallen würde. Als Betrug, „durch welchen einer der Eheschließenden von dem andern Theile widerrechtlich zur Eheschließung bestimmt worden", soll es insbesondere anzusehen sein, wenn ihm solche persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse des andern Theils von diesem verhehlt sind, welche ihn bei verständiger Würdigung des Zweckes der Ehe von der Eheschließung abhalten mußten und von welchen zugleich vorauszusehen war, daß sie ihn, wenn er sie gekannt hätte, von der Eheschließung abgehalten haben würden. Nach den Motiven ist es der Sinn dieser Bestimmung, in gewissem Umfange eine Offenbarungspflicht der Eheschließenden unter einander ausdrücklich anzuerkennen, uod zwar so, daß eine Verhehlung auch dann vorliegt, wenn der eine Theil weiß, daß seine persönlichen Eigenschaften dem andern durch einen Dritten verhehlt worden sind. Weiter soll unter Umständen auch eine Täuschung über Vermögensverhältnisse die Anfechtung wegen Betrugs rechtfertigen. Daß einer leichtfertigen Eheschließung nach eigennützigen Beweggründen die Handhabe einer ebenso leichtfertigen Trennung geboten wird, ist mit der Strenge des Entwurfs bei der Ehescheidung nicht wohl zu vereinigen. Uebrigens ist anzuerkennen, daß weder der objektive Maßstab („bei verständiger Würdigung") noch der subjektive („abgehalten haben würden") für sich allein entscheidend sein soll, sondern beide zusammentreffen müssen. Die Anfechtung wegen Irrthums glaubt der Entwurf nach der dem Begriff des Betrugs gegebenen Ausdehnung auf zwei Fälle beschränken zu können: wenn nämlich ein Theil durch Irrthum bestimmt worden ist, eine Ehe zu schließen, obwohl er den Willen nicht hatte, überhaupt eine Ehe, oder eine Ehe mit dem andern Theile zu schließen. Der erste Fall klingt verwunderlich genug, und die Motive gestehen, daß er selten werde praktisch werden. In der That läßt sich nicht wohl vorstellen, wie ohne Täuschung selbst ein Tauber, Stummer oder der deutschen Sprache nicht Mächtiger zum Standesbeamten gehen und vor diesem eine Erklärung abgeben sollte, die als Eingehung der Ehe gedeutet werden könnte, wenn er überhaupt nicht die Absicht hat, eine Ehe zu schließen; noch weniger aber, daß der andere Theil gutgläubig die entsprechende Erklärung abgeben könnte. Der andere Fall soll nach den Motiven nur die Identität der Person, das Individuum, nicht Eigenschaften desselben treffen.

Den Mangel der elterlichen Einwilligung bei großjährigen

Kindern behandelt der Entwurf nur als sog. aufschiebendes Ehehinderniß, so daß die gleichwohl eingegangene Ehe von keinem Theile angefochten werden kann. Dem Kinde, welches diesen Schritt gethan hat, droht jedoch nach § 1536 die Fortdauer der sonst durch die Schließung der Ehe beendigten elterlichen Nutznießung an seinem Vermögen, und nach § 2011 Nr. 7 die Befugniß der Eltern, ihm den Pflichttheil zu entziehen.

II.

Die Motive rühmen an dem Entwurf (I. S. 26), daß er dem schon bisher in den deutschen Rechten anerkannten „Grundsatze der Gleichstellung“ beider Geschlechter eine „erweiterte Durchführung, namentlich in Ansehung der Verbürgung weiblicher Personen, der Geschäftsfähigkeit der Ehefrau, des Erwerbs der Ehefrau durch ihre Arbeit oder durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes, in Ansehung der elterlichen Gewalt der Mutter, der Fähigkeit, Testamentszeuge zu sein 2c.“ gegeben hat. Ob sich der Entwurf mit alledem den Dank der Frauenemanzipationsvereine erworben hat, deren Petitionen die Motive öfter anführen, oder ob sie es nur als Abschlagszahlungen auf die angeborenen Menschenrechte des weiblichen Geschlechts gelten lassen, scheint uns nicht lohnend zu verfolgen. Aber wenn es auf diesem Wege der deutschen Gesetzgebung wirklich gelänge, das englische Parlament zu übertrumpfen, dem es bisher als unmöglich galt, aus einer Frau einen Mann zu machen, so würde sich erst vollends die Frage aufwerfen, wie dann noch das rechtliche Gepräge des ehelichen Verhältnisses aussehen kann? Zwischen zwei völlig gleichgestellten „Personen“ ist eine gegenseitige Bindung nur auf dem Boden des Vertrags möglich, und der aufgeheftete Name des sittlichen Verhältnisses würde dasselbe nicht sittlicher machen, als eben ein Vertrag sein kann. Die Sittlichkeit ist keine schaffende, sondern nur eine ordnende Macht: sie kann ein gegebenes natürliches Verhältniß zum sittlichen gestalten, aber sie bringt nicht aus sich ein solches Verhältniß hervor. Der Vertrag aber, wie er nur auf den Willen gebaut ist, kann jederzeit durch den Willen zerstört werden; nicht nur durch beiderseitige Einwilligung, sondern durch jeden Theil, der nur bereit ist, die rechtlichen Folgen der Nichterfüllung auf sich zu nehmen. Während nun der Entwurf jede Scheidung auf den Grund des Einverständnisses der Ehegatten ablehnt, hat er die einseitige Lösung in einer Weise erleichtert, daß

sie die bequemste Handhabe für das Einverständniß geworden ist. Gegen den Ehegatten, welcher den andern verläßt, hat dieser die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (§ 1276); aber die Verurtheilung auf diese Klage ist zwar „wegen ihres moralischen Einflusses von nicht zu unterschätzendem Werthe“ (Mot. IV. S. 108), jedoch „eine Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens im Wege der Zwangsvollstreckung ausgeschlossen.“ Vielmehr erwächst aus der ein Jahr lang „böslicher Weise“ fortgesetzten Nichtbeachtung des Urtheils dem obsiegenden Theile nur ein Grund, die Scheidung, d. h. das herbeizuführen, was der andere will. Und wenn zwar dieser durch das Scheidungsurtheil für den schuldigen Theil erklärt wird, so sind die Folgen nur die Befugniß des andern, die jenem etwa gemachten Schenkungen zu widerrufen (§ 1453) und eine Unterhaltspflicht nach den allgemeinen Voraussetzungen der Bedürftigkeit und des Vermögens des einen und des andern Theils (§ 1454). Wer diese Nachtheile thatsächlich nicht zu fürchten hat — und dies wird bezüglich der Unterhaltspflicht bei der Ehefrau mit äußerst seltenen Ausnahmen zutreffen — kann jederzeit den Versuch machen, den andern Theil durch thatsächliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zur rechtlichen Scheidung zu nöthigen. Aber auch der Benutzung dieses Scheidungsgrundes, um die Scheidung mit gegenseitiger Einwilligung herbeizuführen, ist durch die Regelung des Ehescheidungsprozesses durchaus nicht so wirksam entgegengetreten, wie die Motive (IV. S. 590) meinen. Das Gericht kann von Amtswegen Thatsachen doch nur in Betracht ziehen, wenn sie ihm irgendwie bekannt geworden sind; und eine Untersuchung herbeizuführen, ist auch der Staatsanwalt nicht in der Lage. Selbstverständlich werden es nicht glückliche Ehen sein, die man auf diese Weise zu lösen sucht: immer werden Mißverhältnisse vorliegen, die wenn auch keinen Scheidungsgrund abgeben, doch dem klagenden Theile dienlich sind, dem Verdachte des Zusammenspiels zu entgehen. Wenn es freilich der Sinn des Entwurfs wäre, der klagende Theil müsse dem Richter die „Ueberzeugung“ beibringen, daß das Aufgeben der häuslichen Gemeinschaft durch den Beklagten nicht auf einem Einverständnisse der Ehegatten beruht, so wäre diese Gefahr vermieden, um den Preis, den Scheidungsgrund wegen böslicher Verlassung auch dem arglos Verletzten in der Regel zu entziehen; aber aus den Worten des § 1443 „wenn der andere Ehegatte dem Urtheile ein Jahr lang wider den Willen

des die Scheidung verlangenden Ehegatten böslicher Weise nicht Folge geleistet hat" wird der Richter nicht mehr entnehmen können, als daß nur kein Anlaß gegeben werden darf, eine Verabredung anzunehmen. Je mehr der Entwurf überhaupt die Scheidungsgründe einschränkt, desto weniger können die Erfahrungen aus dem preußischen Rechtsgebiete dafür sprechen, daß ein Mißbrauch des Scheidungsgrundes wegen böslicher Verlassung nicht zu befürchten sei.

Wir haben diese Erörterung vorausgenommen, um an dem Erfolge klar zu machen, wie falsch die übertriebene Gleichstellung der Geschlechter ist, da doch die wirkliche Ungleichheit auf jedem Schritte zu Tage tritt. Nur der Mann, der keinen wirthschaftlichen Boden mehr, überhaupt oder im Heimathlande unter den Füßen hat, kann seine Frau leichthin böslich verlassen. Jedem andern droht nicht nur der „moralische Einfluß" der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, sondern die Zwangsvollstreckung des Anspruchs der Ehefrau auf standesgemäßen Unterhalt. Für junge Frauen dagegen scheint es schon jetzt eine Art von Sport geworden zu sein, nach längerem oder kürzerem Versuch des ehelichen Lebens zu ihren Eltern zurückzukehren und in Gemüthsruhe abzuwarten, was der Mann thun kann und will. Was er kann, beantwortet sich nicht allein damit, daß ihm der Entwurf die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens als unentbehrliches Vorspiel der Scheidungsklage zur Verfügung stellt, sondern auch danach, ob er die Kosten dieser beiden je durch drei Instanzen hindurch zu führenden Prozesse erschwingen kann, während die Frau ohne eigenes Vermögen ihre ausdauernde Abwehr im Armenrecht führen darf. Daß nun der Mann regelmäßig für den Unterhalt der Frau, diese aber nur unter ganz ausnahmsweisen Umständen für den Unterhalt des Mannes aufzukommen hat, gründet sich darauf, daß dieser von Natur der Stärkere ist, und darum den natürlichen Beruf des wirthschaftlichen Erwerbes hat, während der natürliche Beruf der Frau im Haushalte, in der zweckmäßigsten und sparsamsten Verwendung des vom Manne Erwirthschafteten liegt. Die Lasten dieser Ungleichheit hat man dem Manne gelassen, während die natürliche Ueberlegenheit, welche sie ihm gewährt, durch die rechtliche Gleichstellung bis zum Schatten verwischt ist. Sonst erkannte auch die Rechtsordnung an, daß die Ehe ein natürliches Verhältniß der Unterordnung des Weibes unter Gewalt und Schutz des Mannes ist, „der Mann dem Weibe Schutz, das Weib dem Manne Gehorsam schuldet", wie das französische Gesetzbuch unverblümt

sagt (Art. 213). Die Verfasser des Entwurfs aber haben wohl in Furcht vor dem Zorne der Vereine für Frauenemanzipation nicht gewagt, das Wort „Gehorsam" zu gebrauchen, welches doch auch noch in dem sächsischen Gesetzbuche (§ 1631) steht. Der Entwurf läßt dem Ehemanne nur die „Entscheidung" in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten; und auch dies wird alsbald abgeschwächt durch den Zusatz „die Ehefrau ist nicht verpflichtet, der Entscheidung der Ehemannes Folge zu leisten, wenn die Entscheidung sich als ein mit der rechten ehelichen Gesinnung nicht vereinbarer Mißbrauch des Rechtes des Ehemannes darstellt" (§ 1273). Wer soll denn darüber entscheiden, was mit der rechten ehelichen Gesinnung vereinbar und was ein Mißbrauch ist? Zum Gehorsam gehörte, daß im Zweifel auch gegen die eigene Einsicht gehorcht werden muß, wenn nichts Schimpfliches und Unwürdiges verlangt wird. Der Entwurf hat es vermieden, nach dem Vorgange der neueren Gesetzgebung „Rechte und Pflichten" der Ehegatten außerhalb des vermögensrechtlichen Gebietes aufzuzählen; der zutreffende Grund dafür tritt aber in den Motiven nicht klar heraus, daß es sich hier überhaupt nicht um einzelne Rechte im Sinne rechtlich verfolgbarer Ansprüche handelt. Das Verhältniß ist schlechthin Lebensgemeinschaft, in welchem Ausdrucke der Entwurf würdiger Weise auch die „Leistung der ehelichen Pflicht" einbegriffen hat (§ 1272). Aber diese Gemeinschaft wird hergestellt durch Unterordnung des Weibes unter den Mann zu Schutz und Gehorsam: das ist es, was die Fassung des § 1273 naturwidrig verkennt, und woraus doch erst alle andern „Rechte und Pflichten" sich in angemessener Weise ableiten. Und weil der Mann das natürliche Haupt der Gemeinschaft ist, darum ist es in erster Reihe sein Recht, daß die Frau nicht willkürlich daraus entweiche, und darin muß er rechtlich wirksamen Schutz haben, wenn ihm versagt wird, es mit den Machtmitteln seiner natürlichen Ueberlegenheit zu behaupten. Der wirthschaftlich geordnet lebende Mann **kann** gar nicht aus der Gemeinschaft entweichen, er würde damit eben seinen wirthschaftlichen Boden verlassen. Er kann nur die Frau aus der Gemeinschaft des Hauses hinausweisen, dagegen sollte auch sie einen sofort wirksamen Schutz genießen, nicht durch Verweisung auf eine Klage, sondern durch richterliche Verfügung, welche ihr einen ausgiebigen Unterhalt vollstreckbar auf so lange ausweist, als nicht der Ehemann einen Grund der Scheidung oder Trennung von Tisch und Bett dargethan

hat. Ebensowenig ist abzusehen, warum der Mann zur Herstellung des ehelichen Lebens auf eine Klage verwiesen wird. Will die Frau in kontradiktorischer Verhandlung Gründe für das Getrenntleben geltend machen, so kann dies im Wege des Einspruchs gegen die richterliche Verfügung geschehen. Aber das Gesetz kann unmöglich andere Gründe gelten lassen, als die mindestens eine Trennung von Tisch und Bett rechtfertigen, und dann ist es das Selbstverständliche, daß eben diese Trennung gerichtlich nachgesucht werde. Die darauf gerichtete Klage ist sachlich Einspruch gegen die richterliche Verfügung auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft, und der erkennende Richter hat es in der Hand, diese Verfügung auf die Dauer des Verfahrens durch Gestattung des Getrenntlebens für die klagende Ehefrau aufzuheben. Vermag diese aber keinen Scheidungs- oder Trennungsgrund nachzuweisen, so ist nicht abzusehen, warum nicht zur Rückkehr der Frau ein gleichartiger Zwang angewendet werden sollte, wie der, welcher auf den Mann zur Wiederaufnahme der Frau durch Beitreibung des ihr gerichtlich angewiesenen Unterhalts geübt werden kann. Zunächst, wenn die Frau eigenes nicht ohnehin der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterstehendes Vermögen hat, durch Beschlagnahme dieses Vermögens; die französische Rechtsprechung hat dies auch ohne besondere Ermächtigung im Gesetz für zulässig erachtet. Ist aber die Frau vermögenslos, so kann auf ihre Rückkehr durch Auferlegung von Geldbuße an diejenigen hingewirkt werden, welche den ehelichen Besitzstand dadurch stören, daß sie der Frau die Möglichkeit des Getrenntlebens gewähren. Wenn der Gesetzgeber es für eine unbillige Härte hält, daß auf diese Weise vorab die Eltern angehalten würden, ihr Kind in ein Verhältniß zurückzuführen, welches sie für die Zerstörung seines Lebensglückes halten, — nun, insoweit er es dafür hält, genau insoweit muß er die Möglichkeit der Scheidung oder Trennung eröffnen. Diese auf rechtlichem Wege versagen und zugleich gestatten, daß sie auf thatsächlichem Wege willkürlich erreicht wird, ist zugleich die größte Unbilligkeit gegen den andern Theil und die kläglichste Hülflosigkeit des selbstgesteckten Ideals der Scheidungsstrenge. Neben den Fällen aber, in welchen die Eltern mit mehr oder minder Grund das Unglück ihres Kindes fürchten, stehen die andern, in welchen sie aus Schwäche seiner Laune dienen oder gar das Mißverhältniß zwischen den Ehegatten schüren und

die Wiederannäherung derselben verhindern. In diesen Fällen wird die Buße sie als die eigentlich Schuldigen treffen.

Zu einer anderen Wunderlichkeit ist der Entwurf dadurch geführt, daß er der Ehefrau selbständige Geschäftsfähigkeit nicht nur für die Verwaltung ihres nicht in die Ehe eingebrachten Vermögens, zur Führung eines eigenen Geschäfts, oder im Kreise ihrer Geschäftsführung für den ehelichen Haushalt (§ 1278), sondern schlechthin zugesteht. Die Frage, welches Bedürfniß dann zu selbständigen Geschäften der Ehefrau außerhalb der bezeichneten Kreise dränge, ist den Motiven überflüssig erschienen; die „Durchführung des Grundsatzes" ist ihnen selbstverständlich. Nun aber würde dieser Grundsatz auch dazu führen, daß die Ehefrau durch Rechtsgeschäft „zu einer in Person zu bewirkenden Leistung" sich verpflichten könnte, durch welche die eheliche Gemeinschaft gestört wäre. Dagegen soll nun § 1277 auf einer halben Druckseite Abhülfe gewähren, und zwar durch ein dem Ehemann gegebenes Anfechtungsrecht, durch dessen Ausübung bewirkt wird, daß das Rechtsgeschäft für die Zukunft aufgehoben ist und eine rückständige Leistung unbeschadet des Schadenersatzes nicht verlangt werden kann. Wenn aber die Ehefrau, wie sie das Rechtsgeschäft ohne seine Einwilligung eingegangen ist, so auch trotz seiner Anfechtung darauf beharrt, die Leistung noch weiterhin zu erfüllen, und der Dritte sie entgegennimmt, so sagt § 1277 nicht das mindeste darüber, wie dem der Ehemann begegnen könnte. Es bleibt ihm nur die Wahl, thatsächlich geschehen zu lassen, was durch seine Anfechtung rechtlich verhindert werden sollte, oder auf dem Wege der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zur Scheidung zu kommen.

Dagegen kann nur gebilligt werden, wenn § 1289 den Erwerb der Ehefrau durch ihre Arbeit für Dritte oder durch den Betrieb eines selbständigen Geschäftes dem Vorbehaltsgute der Frau zuweist. Denn solche erwerbende Thätigkeit wird nur dadurch veranlaßt, daß der Mann seinem natürlichen Beruf zum wirthschaftlichen Erwerbe in einer für die Bedürfnisse des Haushalts ausreichenden Weise oder überhaupt nicht zu genügen vermag. Aus dieser Schwäche kann ihm keine rechtliche Macht über den Erwerb der Frau erwachsen.

III.

Als „absolute" Ehescheidungsgründe hat der Entwurf neben der böslichen Verlassung nur Ehebruch (§ 1441) und Lebens-

nachstellung aufgenommen. Die Ausschließung des Scheidungsgrundes wegen Ehebruchs durch „Kompensation“ mit einem Ehebruche des klagenden Theils ist nicht aufgenommen, wohl aber wegen Zustimmung des andern Theils zu dem Ehebruche eines Ehegatten oder seiner Theilnahme an demselben. Alle anderen Scheidungsgründe sind als nur „relative“ in § 1444 dahin zusammengefaßt, daß „durch schwere Verletzung der ehelichen Pflichten“, insbesondere durch schwere Mißhandlung, durch „ehrloses oder unsittliches Verhalten“, insbesondere durch entehrendes Verbrechen oder Vergehen des einen Theils „eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet worden, daß dem anderen Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemuthet werden kann“. Und zwar soll dieser in solchem Falle die sofortige Scheidung nur dann zu verlangen berechtigt sein, wenn nach den Umständen des Falles die Aussicht auf Herstellung des ehelichen Verhältnisses ausgeschlossen ist; sonst kann zunächst nur die Trennung von Tisch und Bett auf bestimmte Zeit ausgesprochen werden, nicht länger als zwei Jahre. Nach Ablauf dieser Zeit spricht § 1445 dem Ehegatten, welcher das Urtheil erwirkt hat, das nunmehr „absolute“ Recht auf Scheidung im Wege einer neuen Klage zu; der andere Theil dagegen kann nur, so lange jener von seinem Rechte nicht Gebrauch macht, auf Herstellung des ehelichen Lebens klagen, und wenn jener sich (ohne nun wenigstens widerklagend sein absolutes Recht geltend zu machen) rechtskräftig zur Herstellung hat verurtheilen lassen, so hat er dieses Recht aus § 1445 Abs. 1 verwirkt. Nach der ausführlichen Darlegung der Motive (S. 562—602) ist der leitende Gedanke des Entwurfs bei diesen Bestimmungen ein dreifacher. Zunächst ist der Kreis der zugelassenen Scheidungsgründe so abgegrenzt, daß nur ein Verschulden des einen oder beider Ehegatten zur Scheidung führen kann. Weder ein Gebrechen oder Zustand, in welchen ein Ehegatte ohne seine Schuld verfällt, mag es auch die natürliche Bestimmung der Ehe vereiteln, noch eine nicht durch verletzendes oder unsittliches Verhalten nicht begründete Abneigung, noch vollends ein Verhalten, welches so ganz auf das Gewissen des Einzelnen gestellt ist, wie die Religionsveränderung, sollen den andern Theil zum Scheidungsantrage berechtigen. Innerhalb des so begrenzten Kreises der Scheidungsgründe werden dann diejenigen Schuldfälle ausgesondert, „in welchen die Verletzung der ehelichen Pflichten objektiv eine so schwere und unmittelbare ist“, daß der Fortbestand der Ehe allein

in die freie Entschließung des andern Theils gegeben werden kann. In allen anderen Fällen soll nicht die Schuld an sich, sondern das Maß der in ihrer Folge eingetretenen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses den Ausschlag für die Scheidung geben; unter dieser Voraussetzung aber nimmt der Entwurf an, daß sich die Schuldfälle nicht erschöpfend aufzählen lassen, dies aber auch entbehrt werden kann, wenn dem Richter durch einzelne Beispiele die Richtschnur für die vorausgesetzte Schwere der Schuld gegeben ist.

Im Ganzen hat der Entwurf mit diesen Bestimmungen, wie uns scheint, eine glücklichere Lösung dieser vielbestrittenen Frage gefunden, als eine der geltenden Gesetzgebungen. Soweit es sich um einseitigen Antrag auf Scheidung handelt, kann nur die Schuld des andern Theils in Betracht kommen. Sein Unglück als Anlaß der Trennung zu nehmen, ist der schreiendste Widerspruch gegen das sittliche Wesen der Ehe, welche die allerengste Genossenschaft auf Leid und Freude ist. Das Unglück, das den einen trifft, ist eben beider Unglück; der nicht selbst betroffene Theil muß sich sagen, daß es für ihn nicht härter zu tragen ist, als wenn es ihn betroffen hätte. Auch die verhinderte Naturbestimmung der Ehe kann gegen die Verletzung ihrer sittlichen Bestimmung nicht aufkommen; es ist so wenig naturnothwendig, daß alle Ehen ihre Naturbestimmung erreichen, wie daß alle Bäume Früchte tragen. Daß auch für die Geisteskrankheit eine Ausnahme nicht zu machen ist, haben die Motive S. 571 treffend begründet; ganz besonders fällt ins Gewicht, „daß es nicht ausführbar ist, diejenigen Fälle, in welchen durch die Geisteskrankheit jede geistige Gemeinschaft aufgehoben wird und der geisteskranke Ehegatte daher als geistig todt zu betrachten ist, von anderen Fällen zu sondern.“ Einseitige Abneigung kann die Scheidung nicht begründen, da es die sittliche Aufgabe der Ehegatten ist, solche Anwandlungen, zu denen der andere Theil nicht durch schweres Verschulden Anlaß gegeben hat, zu überwinden. Freilich wäre es ungleich besser, den § 718 a II. 1 des A.L.R. beizubehalten, als durch die Behandlung der böslichen Verlassung in der oben behandelten Weise wegen jeder Grille und jedes Eigensinns die Trennung der Ehe zu ermöglichen.

Auch zwischen den „absoluten“ und den „relativen“ Scheidungsgründen hat der Entwurf die richtige Grenze gezogen. Eine „lebensgefährliche“ Mißhandlung, durch Aufwallung des Augenblicks ohne Berechnung zugefügt, zerrüttet gewiß die Ehe weniger, als eine

Reihe sonst schwerer Mißhandlungen und Kränkungen, die aus boshaftem Hang entspringen. Ferner, da nicht die Strafe, sondern das Verbrechen entehrt, diese Wirkung aber durch die Lebensverhältnisse des Thäters in einer Weise bedingt ist, welcher die Strafzumessung nicht überall folgen kann, ist auch die „entehrende Strafe" nicht schlechthin als Scheidungsgrund anzuerkennen. Andererseits gewährt die Fassung des § 1444 auch die Möglichkeit, den Ehescheidungsgrund der „verweigerten ehelichen Pflicht" in das Ermessen des Richters zu stellen (Mot. S. 573), zumal wenn er sich als eine schwere Kränkung darstellt, unter welchem Begriffe ihn auch einzelne französische Gerichte zugelassen haben (was die Mot. a. a. O. übersehen). Endlich ist es ebensowohl zu billigen, daß in den Fällen des § 1444 regelmäßig vorerst nur auf zeitige Trennung erkannt werden soll, als daß nach Ablauf der bestimmten Trennungszeit ohne eingetretene Versöhnung dem klagenden Theil, aber auch nur ihm, ein unbedingtes Recht auf Scheidung gegeben ist. Es wäre nicht abzusehen, auf welche neuen Umstände der Richter die Ansicht stützen sollte, daß jetzt dem klagenden Theile zugemuthet werden dürfte, was ihm nach der Voraussetzung des Trennungsurtheils nicht zuzumuthen war, oder daß noch mit irgend welchem Grunde auf Aussöhnung zu rechnen wäre, wenn die Trennung länger dauerte. Dem schuldigen Theile aus seiner Schuld einen Anspruch auf Scheidung erwachsen zu lassen, wie einige deutsche Gesetze nach dem übrigens nicht gleichartigen Vorbilde des französischen gethan haben, ist nicht zu rechtfertigen; er kann nur verlangen, daß der andere sich entschließe, ob er das eheliche Leben wieder aufnehmen, oder geschieden sein will, und dazu kann er ihn durch die Herstellungsklage nöthigen. (Gerade diese Voraussetzung trifft im französischen Rechte nicht zu, welches die Trennung auf bestimmte Zeit nicht kennt, sondern nur die unbestimmte bis zur Versöhnung der Ehegatten, als Ersatz der Ehescheidung für diejenigen Ehegatten, welche durch die katholische Anschauung abgehalten werden, auf Ehescheidung zu klagen; darum kann nach Ablauf von drei Jahren der schuldige Theil die Umwandlung des Zustandes in Scheidung erlangen, wenn der andere nicht alsbald die Trennung aufgeben will.)

Indeß wird durch alle diese Bestimmungen des Entwurfs der Fall nicht getroffen, daß beide Ehegatten die Scheidung wünschen. Selbstverständlich kann dies nicht in ihr Belieben gestellt sein. Aber es giebt Verhältnisse einer unheilbaren Unverträglichkeit, die

nicht auf schwere Verletzung der ehelichen Pflichten durch einen oder beide Theile zurückgeführt werden können, und doch beiden die eheliche Gemeinschaft zur Qual machen und darum auch die sittliche Bestimmung der Ehe verfehlen. In solchem Falle die Trennung zu versagen, heißt eine Strafe auf die Selbstbeherrschung setzen, welche sich der Ausschreitungen enthält, oder zu solchen Ausschreitungen herausfordern, welche einen Scheidungsgrund herbeiführen. Für solche Fälle bieten sich zwei Wege. Der eine ist, den Ehegatten die freiwillige Scheidung unter so erschwerenden Bedingungen (wie die in den Art. 275—294 des franz. Gesetzb. vorgesehenen) zu gestatten, daß, wie die Motive S. 856 anerkennen, die Erfüllung derselben als Beweis anzusehen ist, „daß ein gesetzlicher Scheidungsgrund in Wirklichkeit vorliege oder doch aus anderen anzuerkennenden Gründen ihnen die Fortsetzung der Ehe unerträglich geworden ist", und darum dieser Weg auch für solche Fälle den Ehegatten sich darbietet, in welchen sie den eigentlichen Scheidungsgrund, z. B. Ehebruch, aus Schonung und zur Vermeidung des Aergernisses nicht zur gerichtlichen Erörterung bringen wollen. Die Motive lehnen zuletzt diesen Weg nur darum ab, weil „nach außen hin lediglich die Willkür der Ehegatten als Grund der Scheidung hervortrete, und deshalb die Gefahr nahe liege, daß im Volke diese Willkür als der wahre Grund der Scheidung angesehen und dadurch das Ansehen und die Würde der Ehe gelockert würde." Diese Bedenken indeß dürften schon durch die äußerste Seltenheit dieser Fälle nach den bisherigen Erfahrungen im französischen Rechtsgebiete und dadurch sich widerlegen, daß, weil das ganze Verfahren sich vor dem Präsidenten des Gerichts und in berathender Sitzung des letztern abspielt, sie nur wenig Aufsehen machen und nur in kleinen Kreisen bekannt werden. Der andere Weg, auf welchem jene Bedenken jedenfalls vermieden würden, wäre der, den Ausspruch der Scheidung, ähnlich wie nach § 1444, dem Ermessen des Gerichts zu überlassen, welches sich freilich seine Ansicht nicht durch eigentliche Beweiserhebung, sondern durch Anhörung der Ehegatten und ihrer nächsten Angehörigen und Freunde zu bilden hätte. Aber gerade an dieser Stelle, und die Fälle des § 1444 eingeschlossen, drängt sich, wie bei der Ergänzung der elterlichen Einwilligung aber mit verstärkter Kraft das Bedenken auf, ob der im bürgerlichen Rechtsstreit verfahrende Richter die geeignete Behörde ist, wo nicht richterlich über einen Anspruch — denn ein „bedingter" Anspruch im Sinne des § 1444 ist in der That kein „Anspruch" —

zu entscheiden, sondern kraft obrigkeitlicher Gewalt zu befinden ist, ob es mit Sitte und Gemeinwohl vereinbar sei, dem Privatwohl eine außerordentliche Hülfe zu gewähren. Wenn der Richter bei der Prüfung, ob eine Ehe unheilbar zerrüttet ist, auf die Ansicht der nächsten Angehörigen beider Theile doch das größte Gewicht zu legen hat, — sollte es da nicht zweckmäßig sein, daß er gleich mit diesen Angehörigen und unter Zuziehung des Seelsorgers zu einem besonderen Ehegericht zusammenträte?

(Fortsetzung folgt.)

2.

Literatur zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich.

Von Gerichtsassessor Dr. Neumann zu Berlin.

I. Als Neuerscheinung auf dem Gebiete der historischen Darstellungen des Gesetzgebungswerkes ist zu verzeichnen:

Die Geschichte der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen in Deutschland und die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Dr. jur. et phil. E. Schwartz, Amtsrichter zu Pellworm. (Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler u. Ring. Bd. I S. 1—189.

II. Kritiken:

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (Fortsetzung). Von Otto Gierke. (Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung ꝛc. XII. Jahrgang 4. Heft S. 109—195. Leipzig, Duncker u. Humblot.

Der dritte Abschnitt des G.'schen Aufsatzes behandelt „System und Geltungsbereich des Entwurfs."

Auch G. kommt trotz aller Bedenken zu dem Ergebniß, daß eine Anlehnung an das durch lange Gewöhnung uns vertraut gewordene Pandektensystem kaum zu vermeiden sei (S. 110). Indeß hält er dasselbe in der überkommenen, von dem Entwurf angenommenen Gestalt für durchaus unzulänglich, indem es für eine Fülle lebendiger Privatrechtsverhältnisse keine Unterkunft biete. Zu letzteren zählt er vor Allem gewisse Privatrechte, die gleich den Sachenrechten absolute Rechte sind und somit Untersagungsbefugnisse gegen Jedermann enthalten, die aber außer diesem unbestimmten Kreise verpflichteter Personen kein anderes Objekt haben, als einen Bestandtheil der eigenen Persönlichkeitssphäre des Berechtigten. Diese „Individual-" oder „Persönlichkeits-" oder „Immaterialgüterrechte" will er in einem vor das Sachenrecht zu stellenden „Personenrechte" mit folgendem Inhalt behandeln:

a) die aus der Persönlichkeit fließenden Rechte auf Leib und Leben, auf Freiheit und Ehre;
b) die aus der Zugehörigkeit zu einer Personenklasse folgenden Rechte (Adel und sonstiges Standesrecht);
c) die gesetzlich begründeten oder besonders erworbenen Rechte auf Vornahme gewisser, der allgemeinen Freiheit entzogenen Handlungen (privatrechtliche Gewerbebefugnisse, wie Zwangs- und Bannrechte, die ausschließlichen Okkupationsrechte, z. B. Jagd- und Fischereirechte, und andere Monopolrechte);
d) die Namenrechte mit Einschluß des kaufmännischen Firmenrechts;
e) die Rechte auf sonstige Persönlichkeitszeichen (wie das Markenrecht);
f) das Urheber- und Erfinderrecht.

Sodann umfasse das Familienrecht keineswegs alle Privatrechtsverhältnisse, durch welche Personen als solche verbunden und für einander als unmittelbarer Gegenstand eines Machthabens gesetzt werden; es gebe außerhalb des Familienrechts personenrechtliche Gemeinschaften und insbesondere personenrechtliche Beziehungen zwischen Gesammtpersonen und ihren Gliedpersonen. Für alle diese Rechtsverhältnisse will G. das System des Entwurfs durch ein hinter das Familien- und Erbrecht zu stellendes „Gemeinschafts- und Körperschaftsrecht" erweitern.

G. stellt eine spätere, in's Einzelne gehende Besprechung der „Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe" in Aussicht;[1]) wir sehen mit Rücksicht hierauf bei der vorliegenden Besprechung von allen dieses Gebiet betreffenden Ausführungen G's ab.

Ein Blick auf den oben skizzirten Inhalt des G.'schen Personenrechts zeigt, daß zwischen G. und dem Entwurf eine Differenz in erster Linie nicht hinsichtlich des Systems, sondern hinsichtlich des zu berücksichtigenden Stoffes besteht. So beklagt G., daß das Recht der Familienfideikommisse, die nach dem Prinzip des Anerbenrechts zu ordnende Sondererbfolge in Landgüter, die Gutsabtretung mit Vorbehalt des Altentheils, eine Regelung der Erbpacht etwa in Form des preußischen „Rentengutes" in dem Entwurf nicht zu finden seien.

Andererseits erklärt sich G. mit spezialgesetzlicher Regelung gewisser Rechtsgebiete einverstanden. Aber er will den inneren Gedankenzusammenhang dieser „Sonderrechte" mit dem übrigen Privatrecht dadurch zum Ausdruck gebracht wissen, daß die Vorbehalte, welche zur Sicherung des Fortbestandes der Sonderrechte erforderlich sind, in den Text des Entwurfes eingefügt und nicht in das Einführungsgesetz verwiesen werden. „Nicht einen einzigen Rechtssatz nimmt der Entwurf auf", klagt G., „der einen Ausblick in die Gebiete eröffnete, auf denen auch fernerhin die germanische Rechtsidee frei und selbständig walten soll." Sobald die Behandlung einer Materie als Sonderrecht für den Entwurf feststehe, nehme er überhaupt an keiner Stelle auf sie Rücksicht und zeichne so ein vollkommen falsches

---

[1]) In der von Bekker und Fischer herausgegebenen Sammlung von Beiträgen zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes.

Bild des wirklich geltenden Rechts. Als Beispiele führt G. den § 849 an („das Recht des Eigenthümers eines Grundstücks erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter derselben“) und bemerkt dazu: „Daß dieser Lieblingssatz der romanistischen Doktrin durch das Bergrecht umgestoßen wird, soll erst aus dem Einführungsgesetz erhellen.“ Sind aber nicht die bergrechtlichen Beschränkungen durch den Wortlaut des § 848 gedeckt, und hat G. den § 989 Abs. 2 übersehen, welcher bei Gelegenheit des Nießbrauchs bestimmt: „Die bergrechtlichen Bestimmungen bleiben unberührt?“ Geradezu unrichtig ist es, wenn G. schreibt (S. 130): „Wer nur den Text des Gesetzbuches zur Hand nimmt, muß zu dem Glauben gelangen, daß es von nun an sozialrechtliche Schranken der Vertragsfreiheit nicht mehr geben soll. So würde nach dem Wortlaut des Entwurfs die Wucherfreiheit wiederum zu den Grundrechten des Deutschen zählen. Erst das Einführungsgesetz soll den Fortbestand des Wuchergesetzes verfügen.“ Der Wortlaut des § 358 ist folgender: „Zinsen können zu jeder Höhe durch Vertrag bedungen werden, soweit nicht reichsgesetzliche Vorschriften über den Wucher entgegenstehen .....“

Wie findet sich G. mit den §§ 106, 344 ab? Sollte, wie G. lehrt, unter der Herrschaft dieser Bestimmungen „die Selbstergebung in jede Art von Dienstbarkeit, sei sie thatsächlich selbst der Sklaverei verwandt“ rechtswirksam sein?

G. tröstet sich, daß neben den „wenigen glatten Sätzen über den Dienstvertrag“ noch das in besonderen Reichsgesetzen enthaltene Handels- und Gewerberecht mit seinen Bestimmungen über Handelsgehilfen, Schiffer, Schiffsmannschaft, Gesellen und sonstige Lohnarbeiter, sowie in der Hauptsache das landesgesetzliche Gesinderecht, das berggesetzliche Recht der Bergleute ꝛc. unberührt bleiben. „Allein im Texte des Gesetzbuches findet sich wieder nicht die leiseste Anspielung auf alle diese Dinge.“ Ist aber der Gesetzgeber dazu da, Paragraphen zu machen, welche „Anspielungen“ und „Ausblicke“ enthalten? Sollte G. hier nicht übersehen haben, daß, wie das Gesetzbuch kein Lehrbuch sein soll, auch das System, welches für die Doktrin angemessen sein mag, nicht ohne Weiteres für ein Gesetzbuch taugt? Jedenfalls aber scheint uns der Gesetzgeber, welchem sein Gesetz Recht ist, gleichgiltig, ob es „in den Hallen des Gesetzbuchs Einlaß gefunden hat oder nur in der Vorhalle des Einführungsgesetzes geduldet wird“, auf einem höheren Standpunkte zu stehen als G., welcher den festen Halt und den geistigen Zusammenhang der verschiedenen Rechtsgebiete schon durch ihre äußerliche Anordnung und Gruppirung erschüttert zu sehen fürchtet.

Aus diesem Kapitel sei nur noch hervorgehoben, daß G. auch zuweilen der Landesgesetzgebung ein weiteres Feld zuweisen will, als der Entwurf dies thut. So hätte der Entwurf besser gethan, führt G. aus, jeder der von ihm geregelten Grundformen des ehelichen Güterrechts den Rang eines gesetzlichen Güterstandes in der Weise zu wahren, daß er der Landesgesetzgebung überlassen hätte, zu bestimmen, welches der gemeinrechtlich geregelten Systeme in den einzelnen Gebieten mangels eines Ehevertrages eintreten solle.

Im vierten Abschnitt seines Aufsatzes bespricht G. den allgemeinen Theil des Entwurfs.

Im Gegensatze zu den Bestimmungen der §§ 1 und 2 verlangt er Anerkennung des Gewohnheitsrechts und der autonomischen Satzung als Privatrechtsquelle, sowie Aufnahme von Bestimmungen über örtliche und zeitliche Herrschaft der Privatrechtsquellen.

Sein Bedenken erregt die Regelung der Todeserklärung, welcher der Entw. konstitutive Wirkung beilegt, während das System einer deklarativen Todeserklärung, durch welche das Vorhandensein der Todesvermuthung in dem Zeitpunkte der Erfüllung ihrer Voraussetzungen festgestellt werde, vorzuziehen sei.

Für den Ehemann wünscht er die Aufnahme des Satzes „Heirath macht mündig", und vermißt die Zulässigkeit der Entmündigung wegen Trunksucht.

G. hätte die ausdrückliche Wiederholung der Grundsätze der Gleichheit und Gemeinsamkeit des Privatrechts ohne Rücksicht auf Geschlecht, Stand, religiöses Bekenntniß, ferner die ausdrückliche Regelung der Frage gewünscht, inwieweit die Bedingungen der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Bekenntniß, der Beibehaltung oder des Wechsels der Religion zulässig sein sollen.

Die Kritik über Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe übergehen wir mit Rücksicht auf die oben bereits erwähnte später zu erwartende Spezialarbeit G's. auch hier.

Bei der Behandlung der Willensmängel rügt er (mit Unger) den vom Entw. angenommenen „reinen Deliktsstandpunkt" und bezeichnet als zur Regelung dieser Fragen allein geeigneten Grundsatz denjenigen, daß der Urheber des Schadens ihn zu bessern hat.

Zu § 106 rügt G. den Ausdruck „gute Sitten", statt welcher Uebersetzung von boni mores er „Sittlichkeit" gebrauchen will. Er wendet sich gegen die Aufnahme des dehnbaren Begriffs „öffentliche Ordnung".

Bei den Zeitbestimmungen vermißt G. natürlich die Bestimmung von „Jahr und Tag" und rügt, daß von jeder Vorschrift über den Einfluß der Sonn- und Feiertage auf Termine und Fristenablauf abgesehen sei.

Statt der Anspruchsverjährung des Entw. wäre eine reine Klagenverjährung durchzuführen, während die Verjährung von Einreden, soweit es ihrer bedarf, durch besondere Bestimmungen zu regeln wäre.

G., derselbe, der zu Anfang seines Aufsatzes „muthvolle Stellungnahme zu den Lebensproblemen unserer heutigen Gesellschaft" in dem Entwurfe vermißte, der auch mit der „individualistischen" Tradition zu brechen bereit schien, wird furchtsam bei dem Gedanken der Nichtaufnahme des Instituts der „unvordenklichen Verjährung": „Wird die Heiligkeit des im Dunkel der Vorzeit Gewordenen nicht anerkannt und für alles Bestehende ein erweislicher legitimer Anfang gefordert, so stürzt unser gesammtes System der erworbenen Rechte zusammen, und man mag zu einer Neuvertheilung der irdischen Güter schreiten."

In dem Abschnitte über Selbstvertheidigung und Selbsthülfe

beklagt G. vor Allem die Ausweisung der Vieh- und Personalpfändung aus dem gemeinen deutschen Recht.

Schließlich verlangt G. die Aufnahme einer dem deutschen Rechtsgewissen entsprechenden Vorschrift gegen die mißbräuchliche Ausübung der Rechte und namentlich gegen die Chikane.

Die Lektüre dieses Theiles der G.schen Kritik hat unsere Ueberzeugung, daß die kritischen Resultate G.s nicht im Stande sein werden, die gewonnene Grundlage für die Fertigstellung des großen Gesetzgebungswerkes zu zerstören, nur gefestigt, wenn wir auch anderseits wünschen und hoffen, daß in einzelnen Punkten manche der G.schen Ausführungen Beachtung finden mögen.

Noch einmal die wirthschaftliche Bedeutung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Von Oberlandesgerichtsrath Vierhaus in Cassel (Nr. 22 u. 23 des deutschen Wochenblattes. Herausgegeben von Otto Arendt. Berlin, Walther u. Apolant.).

Verf. giebt eine Antikritik der (von uns Bd. XXXII. S. 683 dieser Beiträge skizzirten) Klöppel'schen Kritik. Er führt aus, daß die „gewaltige wirthschaftliche Bewegung“ und die „tiefeinschneidende wirthschaftliche Reform“, welche nach Klöppel an den Verfassern des Entwurfs unbemerkt vorübergegangen sei, sich noch nicht bis zu einer Klärung und Befestigung der Meinungen durchgedrungen habe und für eine privatrechtliche Gesetzgebung die erforderliche Grundlage nicht biete.

Ebenso sei die Verwendung und Zugrundelegung der Begriffe des „wirthschaftlichen Unternehmens und Unternehmers“ solange unmöglich, als nicht eine juristisch faßbare Bestimmung dieser Begriffe gegeben sei. Als solche aber sei die Definition Klöppels nicht anzuerkennen. Derselbe definire den Unternehmer als denjenigen, welcher einen Wirthschaftsbetrieb für eigene Rechnung führe, im Gegensatz zu den nicht wirthschaftenden „Personen“ und den im Betriebe eines anderen beschäftigten Lohnarbeitern bis hinauf zu den mit festem Gehalt abgefundenen Betriebsleitern. Da Klöppel aber nicht sage, was Wirthschaftsbetrieb sei, so stehe die ganze Definition in der Luft. Wenn schon der Staats- und Gemeindebeamte nicht zu den wirthschaftenden Personen gehöre, wie sei es mit dem Rechtsanwalt, dem Arzt, dem Rentner, der zu seinem Vergnügen und zum eigenen Genusse auf seinem Landsitze Obst baue? Werde letzterer Betriebsunternehmer dadurch, daß er seine Obsternte verkaufe?

Schließlich warnt Verf. vor der Aushülfe, die Ausfüllung jener wirthschaftlichen Formeln dem „richterlichen Ermessen“ zu überlassen.

Die Reform des adeligen Erbrechts. Ein Beitrag zur nothwendigen Ergänzung des neuen bürgerlichen Gesetzbuchs. Herausgegeben von Graf H. von Bothmer. Dresden 1888. Richard Bertling. 32. S.

Der Verf., welcher mit guten Gründen die Reform des adeligen Erbrechts in dem Sinne verlangt, daß ein Familienbesitzstand gesichert werde und doch die Rechte aller Familienangehörigen in einer dem modernen Rechtsbewußtsein entsprechenden Weise zur Berücksichtigung gelangen (S. 7),

stellt eine Reihe von positiven Normen auf, welche an Stelle der Willkür des Majoratserben, der die Nachgeborenen z. Z. anheimgegeben seien, eine gesetzlich geordnete Rechtslage setzen sollen.

Diese Normen sollen durch Reichsgesetz ausgesprochen werden. Aber weder begründet der Verf. die Nothwendigkeit reichsgesetzlicher Regelung noch gar der Aufnahme in das bürgerliche Gesetzbuch anders, als durch die Wahl seines Titels und den einen Satz, daß die Regelung des adeligen Erbrechts in dem Entwurfe fehle. Die für die Nichtaufnahme dieser Rechtsmaterien in den Entwurf gegebene Begründung (M. III. S. 5) scheint dem Verf. entgangen zu sein.

Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Herausgegeben im Auftrage des deutschen Anwalts-Vereins von den Rechtsanwälten Adams, Geheimer Justizrath in Coblenz, Wilke, Justizrath in Berlin, Mecke, Justizrath in Leipzig, Hartmann in Nürnberg, Erythropel in Leipzig. Berlin, W. Möser, Hofbuchhandlung, 1888.

1. **Das Verhältniß des bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.** Von Justizrath Mecke in Leipzig (S. 3—18).

An der Hand des Entwurfs und der bis jetzt über den Inhalt des Einführungsgesetzes in die Oeffentlichkeit gelangten Nachrichten behandelt der Verf. die Frage, ob der Entwurf des Gesetzbuchs und des E.G. das Maß desjenigen, was von Landesgesetzen bestehen bleiben solle, richtig bemessen habe, und kommt zu dem Ergebnisse, daß die Vorbehalte des E.G. zu Gunsten der Landesgesetze der Annahme des ganzen Werkes keine unüberwindlichen Schwierigkeiten bereiten (S. 17). Wenn er auch die reichsrechtliche Regelung des Bergrechts, der Enteignung, des Wasser-, Jagd-, Fischereirechts mit Einschluß der Vorschriften über den Ersatz des Wildschadens, der Zwangs- und Bannrechte, der Realgewerbeberechtigungen, des Pfandleihgewerbes u. a. m. fordert, so ist doch diese Forderung nicht unbedingt auf die Aufnahme dieser Gebiete in das bürgerliche Gesetzbuch gerichtet; er empfiehlt vielmehr den Erlaß von Sondergesetzen, welche zugleich mit dem bürgerlichen Gesetzbuche in Kraft zu treten hätten, oder bescheidet sich auch, die Erreichung der Rechtseinheit (z. B. auf dem Gebiete des Wasserrechts S. 11) einem späteren Geschlechte zu überlassen.

Besondere Hervorhebung verdient die Forderung reichsrechtlicher Regelung der vermögensrechtlichen Folgen einer widerrechtlichen Schadenszufügung durch einen Beamten bei Ausübung einer ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt (S. 14 f.).

2. **Juristische Personen mit besonderer Berücksichtigung der modernen Personenvereine.** Von Rechtsanwalt Hermann Kausen in Düsseldorf (S. 19—40).

Entgegen dem Standpunkt des Entwurfs, welcher durch seine Nachgiebigkeit gegen die Landesgesetze den vielgestaltigen Rechtszustand fast unverändert in das neue deutsche Reich hinüber nehme, bringt Verf. folgende Wünsche zum Ausdruck:

I. Einführung gewisser einheitlicher Grundformen für alle auf Landesrecht beruhenden juristischen Personen (Registerpflicht, Aufstellung gewisser Erforderniſſe ihrer Entstehung).

II. Einführung von Normativbedingungen, durch deren Erfüllung Personenvereine von nicht geschlossener Mitgliederzahl, deren Thätigkeit nicht auf Erzielung vermögensrechtlicher Vortheile, sondern auf Verfolgung wissenschaftlicher, künstlerischer, geselliger, religiöser, politischer ꝛc. Interessen gerichtet ist, die Rechte von juristischen Personen erlangen können. Ausgenommen sollen sein Vereine, deren Bildung oder Zweck nach Reichs- oder dem bezw. Landesrecht unerlaubt ist, deren Thätigkeit oder Mitgliederbestand über den Bereich des einzelnen Bundesstaates hinausreicht, Vereinigungen von Ordenspersonen zu häuslicher Gemeinschaft.

III. Ordnung der Rechtsverhältnisse derjenigen Vereine, welche der juristischen Persönlichkeit entbehren.

Die Vorschläge, welche Verf. in dieser Richtung macht, machen auf erschöpfende Vollständigkeit keinen Anspruch; dieselben sind theilweise willkürlich — warum sollen die übrigen Mitglieder für den Ersatz des Schadens, welchen ein Vereinsmitglied durch eine in Ausübung seiner Vertretungsmacht begangene widerrechtliche Handlung einem Dritten zufügt, nicht haftbar sein? (S. 36 vgl. Entw. § 46) — theilweise lassen sie sich, wie Verf. selbst einräumt, aus den Bestimmungen des Entwurfs ohne Weiteres ableiten. Jedenfalls werden die Ausführungen des Verf. als schätzbares Material für die Behandlung dieser Frage, welche eine endgültige legislative Beantwortung erheischt, gelten können.

Der Forderung des Verf. gegenüber, daß die Geltung der §§ 44—57 auch für öffentlichrechtliche Körperschaften mit größerer Klarheit zum Ausdruck gebracht werde, sei auf Mot. I. S. 82 verwiesen.

Unverständlich bleibt des Verf. Interpretation des § 63 (S. 20). Der Verf. sagt: „Die Stellung dieser Bestimmung am Schlusse des Abschnitts III. drückt aus, daß keine der vorhergehenden Bestimmungen auf den Fiskus Anwendung finden soll." Dieser Auslegung entspricht die Forderung (S. 40): „Verschiedene Einzelbestimmungen des Entwurfs z. B. § 44 Abs. 5 können zweckmäßig auf den Fiskus angewendet werden." Wortlaut wie Motive des § 63 ergeben indeß, daß durch diese Bestimmung die Natur des Fiskus als einer juristischen Person außer Zweifel gestellt werden soll; da nun eine Ausnahme hinsichtlich des Fiskus nicht gemacht ist, so ist selbstverständlich, daß die Bestimmungen des Entwurfs über juristische Personen auch für den Fiskus gelten, wie dies auch Mot. I. S. 82, 103 ausdrücklich hervorheben.

3. **Der Beginn des Rechtsstreits.** Von Rechtsanwalt Dr. Carl Linkelmann II in Hannover (S. 41—52).

Verf. erörtert die Wirkungen der Klage und der Widerklage; er bezeichnet den grundsätzlichen Standpunkt des Entwurfs als unbedingt zutreffend.

Im Einzelnen hält er die Beseitigung der Prozeßzinsen, an deren

Stelle im Falle des Verzuges die allgemeinen Nachtheile desselben treten, aus praktischen Erwägungen und Billigkeitsgründen für bedenklich.

Er behandelt ferner die Frage der Dauer der Rechtshängigkeitswirkungen für den Fall, daß der Rechtsstreit ohne sachliche Entscheidung beendigt wird.

Während die Fälle der Zurücknahme der Klage und der Aufgabe des Mahnverfahrens allgemein gültig in der C.P.O. geregelt und nur für die Fälle der §§ 171 Abs. 2, 172, 1268, 1476, 1478 des Entwurfs wiederholt seien, seien die Fälle der Abweisung der Klage wegen prozessualisch-mangelhafter Klageerhebung und wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung durch die C.P.O. gar nicht, durch den Entwurf nur in Hinblick auf die Unterbrechung der Verjährung anstatt, wie erforderlich gewesen, allgemein geordnet. Verf. bringt einen formulirten Abänderungsvorschlag, wonach in allen Fällen der Beendigung des Rechtsstreits ohne sachliche Entscheidung die Wirkungen der Klageerhebung mit rückwirkender Kraft wieder aufgelöst werden. Hiervon macht er Ausnahmen für die Anzeigen der §§ 245 (Mahnung), 402 (Mängelrüge), 938 (Anzeige der Verwendungsansprüche gegen den Eigenthümer), welche ebenso gut durch mündliche oder schriftliche Mittheilung erfolgen könnten. Für diese Fälle läßt er entscheiden, ob die Zustellung der Klage erfolgt ist.

Für die Unterbrechung der Verjährung will er ebenso allgemein in allen Fällen der Beendigung des Rechtsstreits ohne sachliche Entscheidung die Neuanstellung der Klage binnen 6 Monaten mit der Wirkung zulassen, daß die Unterbrechung als durch die erste Klageerhebung erfolgt gelte.

Eine besondere Begründung hierfür giebt er hinsichtlich des Falles der Klagezurücknahme, welche zuläßig sein müsse, ohne daß eine Beeinträchtigung der materiell-rechtlichen Lage des Klägers eintrete. Es sei widersinnig, daß eine aussichtslose Klage nur zum Zweck der Unterbrechung der Verjährung fortgesetzt werden müsse.

Verf. wünscht schließlich noch eine die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Verjährungsunterbrechung auf Ausschlußfristen aussprechende Bestimmung. Demgegenüber vergl. Mot. I. S. 347.

4. Zu § 293—313 des Entwurfs (Uebertragung der Forderung). **Von Rechtsanwalt Dr. Martinius in Erfurt** (S. 53—72).

Verf. kommt zu dem Resultate, daß der Entwurf durchweg annehmbar ist. Seine Anstände sind vorwiegend redaktioneller Natur und treffen, wie er selbst anerkennt, nicht die großen Grundgedanken des Entwurfs. Im Einzelnen seien erwähnt:

Zu § 294 stellt er hinsichtlich des Prinzips der Formfreiheit des Abtretungsvertrages folgenden Ergänzungsvorschlag zur Erwägung: Die Abtretung von Forderungen aus Verträgen, deren Gültigkeit von der Beobachtung einer besonderen Form durch beide Vertragsschließende abhängt, bedarf derselben Form.

Zu § 295 erinnert er, daß gemäß § 516 die Uebertragung der Rechte aus dem Miethsvertrage vertragsmäßig ausgeschlossen werden kann;

er sieht hierin eine Ausnahme von § 295 Abs. 2 (durch Rechtsgeschäft kann die Uebertragbarkeit einer Forderung mit Wirkung gegen Dritte nicht ausgeschlossen werden) und will deshalb den Zusatz machen (entsprechend §§ 796, 106 Abs. 2), „soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt.“ M. übersieht, daß es sich in diesem Falle der vertragsmäßigen Unübertragbarkeit des Miethsrechts um ein höchst persönliches Recht, welches der Uebertragbarkeit auf Grund des in § 295 Abs. 1 enthaltenen Prinzips mit Wirkung gegen Dritte entzogen ist, und nicht um eine Ausnahme von Abs. 2 handelt, vgl. Mot. II. S. 396/397.

Zu § 297. Indem M. der bei der Zwangsversteigerung in Frage kommenden Vorzugsrechte (§§ 24 ff. G. v. 13. Juli 1883) gedenkt, deren Berücksichtigung ebenso wie der beim Konkurse sich geltend machenden erforderlich sei, schlägt er folgende Fassung des Paragraphen vor:

Mit Uebertragung der Forderung gehen die mit dieser zur Zeit der Uebertragung verbundenen Vorzugsrechte auf den neuen Gläubiger über, die im Falle eines Konkurses über das Vermögen des Schuldners oder der Zwangsversteigerung eines Grundstücks zur Geltung kommenden auch dann, wenn der Konkurs noch nicht eröffnet und die Zwangsversteigerung noch nicht eingeleitet ist.

Zu § 298. Im Gegensatze zu den Motiven, welche die etwa erforderliche Entscheidung in die C.P.O. verweisen, hält M. das bürgerliche Gesetzbuch für die geeignete Stelle zur Regelung der Haftung für eine im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesene Forderung.

5. **Die Vormundschaft des Entwurfs.** Von Rechtsanwalt David in Frankenthal (S. 73—95).

Die vergleichenden Betrachtungen, welche der Verf. zwischen den Grundelementen der Vormundschaft des code civil und der des Entwurfs anstellt, fallen durchweg zu Gunsten des Entwurfs aus.

Zu §§ 1727, 1737 macht der Verf. die kritische Bemerkung, daß man die Stellung eines Volljährigen unter Vormundschaft nicht als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit behandeln dürfe; während er andererseits unter dem Schutze des civilprozessualischen Verfahrens die Entmündigung der Gewohnheitstrinker und sogar aller derjenigen, welche wegen ihres verkommenen, krankhaften oder hülflosen Zustandes unfähig sind, selbst sich vorzustehen, und durch ihren Lebenswandel ihren und ihrer Familien Unterhalt gefährden, zulassen will.

Er wünscht für die Vormundschaft über Volljährige schärfere Betonung des Prinzips, daß die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten sich auf das Nöthige beschränken soll, sowie Beseitigung des Instituts der befreiten Vormundschaft, welche der Einfachheit des Gesetzes und der Gleichheit vor dem Gesetze Abbruch thue. (?)

6. **Die Anspruchsverjährung des Entwurfs.** Von Rechtsanwalt Dr. Gust. Lehmann in Dresden (S. 97—109).

Der Verf. rühmt die Schärfe und Klarheit des Gedankens in dem Abschnitte über Anspruchsverjährung, der so vorzüglich gearbeitet sei, daß der Kritik nur wenig zu sagen bleibe.

Im Einzelnen macht er folgende Ausstellungen:

Zu § 154. Er empfiehlt die Aufnahme einer Vorschrift, daß mit Verjährung des dinglichen Anspruchs auch gleichzeitig das dingliche Recht untergehe, um so das theoretische dominium sine re zu beseitigen.

Zu § 155. Die ordentliche Verjährungszeit von 10 Jahren — anstatt der 30 Jahre des Entw. — sei den heutigen Verhältnissen angemessen; für einige Fälle sei eine außerordentliche Verjährung von 20 Jahren nachzulassen.

Zu § 156. Anstatt der Fristen von 2 bezw. 4 Jahren wünscht er für die kurze Verjährung eine einheitliche Frist von 3 Jahren.

Zu § 156 Nr. 2. Verf. rügt, daß die Ansprüche derjenigen, welche Landwirthschaft treiben, für Lieferung landwirthschaftlicher Erzeugnisse, nur unter die kurze Verjährung fallen, „sofern die Erzeugnisse zur Verwendung im Haushalte geliefert seien.“ Diese in den Mot. nicht begründete Beschränkung führe leicht zu prozessualen Weiterungen, liege nicht im Interesse der Landwirthe und verstoße gegen den Grundsatz der Parität.

Zu § 157. Nicht nur die rechtsgeschäftlich vereinbarten, sondern auch die gesetzlichen und Verzugszinsen, welche eine größere Gefahr für den Schuldner seien, als die vereinbarten Zinsen, seien der kurzen Verjährung zu unterstellen.

Zu § 166. Die den Minderjährigen und den diesen gleichzuachtenden Personen gegebenen Verjährungsprivilegien seien bei der jetzigen Ordnung des Vormundschaftswesens veraltet. Daß der Mangel eines gesetzl. Vertreters einer jurist. Person den Verjährungslauf diesen gegenüber hemmen soll, sei eine Prämie auf die Unordnung.

Zu § 168. Es sei kein Grund vorhanden, den Verjährungslauf für Ansprüche des Vormundes gegen den Mündel während der Dauer der Vormundschaft zu hemmen. Der Vormund habe die Bestellung eines Pflegers zu betreiben.

Zu § 170. Bei Unterbrechung der Verjährung durch Erhebung der Klage und Zustellung des Zahlungsbefehls seien mit Rücksicht auf den möglicherweise nicht vorherzusehenden Zustellungsverzug die Wirkungen der Zustellung schon auf den Zeitpunkt der Ueberreichung des Antrags bei Gericht zurückzubeziehen.

Zu § 183 Abs. 2 hält Verf. für unbegründet, daß der Pfandgläubiger wegen der verjährten Zinsen und anderer wiederkehrender Leistungen sich nicht aus dem Pfanderlöse soll decken dürfen, da die Zinsen 2c. als selbstverständliche juristische Bestandtheile der Hauptschuld anzusehen seien.

Zu § 514 vermißt L. eine Bestimmung, daß Ansprüche aus Pacht- und Miethsverhältnissen, soweit sie Ersatz von Auslagen, Verwendung und Schäden zum Gegenstand haben, einer kurzen — etwa dreimonatlichen — Verjährung unterliegen, gerechnet vom Schlusse des Jahres, in dem die Befriedigung rechtlich verlangt werden konnte (vgl. Mot. II. S. 395).

7. Gutachten über den zweiten Abschnitt des Rechtes der Schuldverhältnisse: Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden. Von Rechtsanwalt Dr. Max Hachenburg in Mannheim (S. 110—158).

Ueber den Inhalt dieses Gutachtens werden wir im nächsten Hefte berichten.

8. **Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers.** Von Rechtsanwalt **Cohn** in **Görlitz** (S. 159—162).

Verf. will den guten Glauben des Vermiethers geschützt wissen. Zu dem Zwecke sei das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers auszudehnen auf die von dem Miether eingebrachten Sachen, welche — auch wenn sie dem Miether nicht eigenthümlich gehören — nur insoweit dem gesetzlichen Pfandrechte nicht unterworfen sein sollen, als sie aus dem Gewahrsam des rechtmäßigen Inhabers ohne oder wider dessen Willen ausgeschieden sind, oder sofern der Vermiether bei Eingehung des Miethsvertrages weiß, daß sie nicht Eigenthum des Miethers sind.

9. **Die Schenkung.** Von Rechtsanwalt Dr. C. F. **Reatz** in **Giessen**. S. 163—230.

Verf. will Zeugniß ablegen von den Rechtsanschauungen, welche in den maßgebenden Kreisen des deutschen Volkes über das Institut der Schenkung bestehen und die Bestimmungen des Entwurfs mit dem geläuterten Rechtsbewußtsein der heutigen Zeit in Vergleich bringen. Zu dem Zwecke unterzieht er den Begriff und das Wesen der Schenkung unter den Rubriken „Wesen der Schenkung", „Gegenstand der Schenkung", „Vertragsnatur der Schenkung" einer eingehenden, aus den Verhältnissen der Praxis und des täglichen Lebens schöpfenden Revision.

An der Hand der gefundenen Ergebnisse geht er an die kritische Beurtheilung der die Lehre von der Schenkung prinzipiell regelnden §§ 437 bis 452 des Entw. unter Ausschluß der in anderen Titeln enthaltenen Sonderbestimmungen.

Den Bestimmungen des Entw. stellt er folgende, die Ergebnisse seiner inhaltsreichen Untersuchung zum Ausdruck bringende Gegenvorschläge gegenüber:

1. Begriff der Schenkung.

Die §§ 437—439 seien durch folgende Bestimmungen zu ersetzen:

Schenkung ist ein Gefälligkeitsvertrag, wodurch Jemand (der Schenker) ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein, unentgeltlich und mit Benachtheiligung seines Vermögens einem Anderen (dem Beschenkten) ein wirthschaftliches Gut zuwendet.

Wird ein Schenkungsantrag ohne Bestimmung einer Annahmefrist gemacht, so ist der Antragende so lange an ihn gebunden, bis der Bedachte die Schenkung dem Antragenden gegenüber ablehnt. Doch kann der Antragende nachträglich dem Bedachten eine angemessene Frist zur Erklärung vorbestimmen, nach deren fruchtlosem Ablaufe die Schenkung als abgelehnt gilt. Im Falle der Ablehnung kann der Antragende vom Bedachten die Rückgabe des Geleisteten nach Maßgabe der §§ 742—744 fordern.

2. Maß der Schenkung.

Es seien folgende Bestimmungen aufzunehmen:

Die Schenkung des ganzen gegenwärtigen oder zukünftigen Vermögens oder einzelner Vermögensgegenstände ist insoweit, als dadurch der standesgemäße Lebensunterhalt des Schenkers und die Erfüllung seiner Unterhalts-

pflicht gegenüber seinem Ehegatten (§§ 1280, 1281, 1454, 1460) und seinen Verwandten (§§ 1480—1496, 1571—1578) beeinträchtigt wird, ungültig.

In soweit der Beschenkte zur Herausgabe des Geschenkten außer Stande ist, hat er dessen Werth zu ersetzen. Befand er sich in einer, nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntniß von der im ersten Absatze erwähnten Beeinträchtigung, so haftet er nur bis zum Belauf seiner Bereicherung zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit des Anspruchs, und falls er von jener Beeinträchtigung in der Zeit zwischen Schenkung und Rechtshängigkeit Kenntniß erhielt, bis zum Belauf seiner Bereicherung zur Zeit dieser Kenntnißnahme.

Treten erst nach Abschluß der Schenkung Umstände ein, welche eine Beeinträchtigung des standesgemäßen Lebensunterhalts des Schenkers oder der Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gegenüber seinem Ehegatten oder seinen Verwandten bewirken, so kann der Schenker während der Dauer seiner Nothlage vom Beschenkten einen durch richterliches Ermessen zu bestimmenden Unterhaltsbeitrag verlangen. Für das richterliche Ermessen sind namentlich maßgebend die Größe und muthmaßliche Dauer des Nothstandes des Schenkers, die Höhe des geschenkten und noch vorhandenen Werthes und die mit der Unterstützung für die wirthschaftliche Existenz des Beschenkten verbundenen Folgen.

Der gesammte Beitrag des Beschenkten kann drei Viertheile des noch vorhandenen Werths der Schenkung nicht übersteigen.

Hat der Schenker seine Nothlage absichtlich oder durch grobe Fahrlässigkeit verursacht, so ist der Beschenkte nicht beitragspflichtig.

3. Form der Schenkung.

Die §§ 440, 441 seien durch folgende Bestimmung zu ersetzen:

Die große Schenkung bedarf, falls der Beschenkte weiß, daß sie eine große ist, oder falls seine Unkenntniß auf grober Fahrlässigkeit beruht, zu ihrer Gültigkeit der in gerichtlicher oder notarieller Form erklärten Schenkungsabsicht des Schenkers.

Die Schenkung ist insoweit eine große, als sie den Werthbetrag, den der Schenker als sorgfältiger Wirthschafter ohne eigentliche Schädigung seines Vermögens und innerhalb der durch die Anforderung der Sitte, seiner Lebensstellung und des Zwecks der Gabe gezogenen Grenzen schenken kann, wesentlich übersteigt.

Ueber das Vorhandensein einer großen Schenkung entscheidet das freie richterliche Ermessen.

4. Verbindlichkeiten des Schenkers.

Bezüglich der §§ 442, 443, 444, 445, 447, 448 behält der Verf. sich redaktionelle Abänderungsvorschläge vor.

Die Bestimmung des § 446 über den Erfüllungsort will er streichen, da gerade die allgemeine Bestimmung des § 229 der leichtesten Anwendung für die Schenkung fähig sei und durch die dem Interesse des Schenkers gewidmete Bestimmung des § 446 der Schenker leicht benachtheiligt werden könne (z. B. wenn eine bestimmte Sache geschenkt sei, die sich nicht am Wohnort des Schenkers befinde).

5. Widerruf der Schenkung.

Mit den §§ 450—452 im Wesentlichen einverstanden, will er den § 447 des Entw. durch folgende Bestimmung ersetzen:

„Die Schenkung kann wegen groben Undanks widerrufen werden. Grober Undank ist die Verübung vorsätzlicher, gegen den Schenker oder dessen Ehegatten, Eltern oder Kinder gerichteter, im Strafgesetzbuch mit Strafe bedrohter, vollendeter oder versuchter Verbrechen oder Vergehen des Beschenkten. Ist nach dem durch die Umstände des Einzelfalls, insbesondere durch die Gesinnung des Schenkers, den Werth des Geschenks und der Größe des hiernach geschuldeten Dankes, durch den Erfolg des Vergehens, die Gesinnung und den Gemüthszustand des Beschenkten und das Benehmen des Schenkers zu bestimmenden richterlichen Ermessen das Vergehen keine sehr erhebliche sittliche Verfehlung des Beschenkten, so liegt grober Undank nicht vor."

„Der Widerruf hat, soweit dies thunlich ist, durch eine dem Beschenkten gegenüber abzugebende Willenserklärung zu geschehen."

Wir haben die R.'schen Vorschläge in voller Ausführlichkeit wiedergegeben, weil die in ihnen gebotene Lösung der die Schenkung betreffenden Fragen, namentlich bezüglich des Maßes, der Form und des Widerrufes auf besondere Beachtung Anspruch machen. Für eine eingehendere Prüfung der Vorschläge und für eine ausführliche Besprechung ihrer Begründung, deren Lektüre wir dringend empfehlen, ist hier nicht der Ort. Ein Hauptbedenken scheint uns in dem weiten Spielraum zu liegen, welchen R. dem richterlichen Ermessen zuweist; namentlich erscheint eine nachträgliche, in das richterliche Ermessen gestellte Feststellung, ob die Voraussetzungen der Formfreiheit oder des Formzwanges vorlagen, höchst bedenklich, wenn auch andererseits nicht zu verkennen ist, daß gerade auf dem Gebiete der Schenkung, auf welchem, wie R. hervorhebt, neben den juristischen im hervorragenden Maße auch moralische und volkswirthschaftliche Rücksichten mitsprechen, die Freiheit der richterlichen Ueberzeugung als Wohlthat sich bethätigen kann.

10. Bemerkungen bezüglich des Rechts der Schuldverhältnisse. Von A. Westrum, Rechtsanwalt am Königl. Oberlandesgericht Celle (S. 231—250).

Zu § 125. Dem Kontrahenten, welcher sich mit dem falsus procurator eingelassen habe, stehe gegen diesen logisch nur ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse zu. W. weist darauf hin, daß nach dem Entw. ein Vertreter, welcher auf Grund einer etwa gefälschten oder von einem Geisteskranken ausgestellten Vollmacht gehandelt habe, als persönlich haftend anzusehen sei, auch wenn ihn keinerlei Verschulden treffe.

Zu § 207 will W. die Bestimmung, daß bei der Alternativobligation das Wahlrecht dem Schuldner zusteht, wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein anderes bestimmt ist, durch ein hinter das Wort „Wahlrecht" einzufügendes „im Zweifel" ergänzen. Sein Bedenken, die gewählte Fassung könnte Zweifel entstehen lassen, ob nur eine ausdrückliche desfalsige Festsetzung das Wahlrecht des Schuldners ausschließe, ist mit Rücksicht auf § 72 d. Entw. unbegründet.

Ebenso überflüssig ist der von W. vorgeschlagene Zusatz „im Zweifel“ zu der Bestimmung des § 228: „Der Schuldner ist zu Theilzahlungen nicht berechtigt.“ Der dispositive Karakter dieser Vorschrift leuchtet ohne Weiteres ein. Vgl. §§ 224, 72 d. E. M. I. S. 17, II. S. 2.

Von den weiteren zum Theil redaktionellen Bemerkungen W.'s heben wir nur noch folgende hervor:

Zu § 282 Abs. 2 („Die unter Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegebene Aufrechnungserklärung ist unwirksam“) will W. statt „ist unwirksam“ setzen „kann von dem anderen Theile abgelehnt werden“. Mit Unrecht. Er übersieht, daß der Entwurf nicht die vertragsmäßige Kompensation, sondern nur das gesetzliche Recht zur Aufrechnung regelt. Durch Bezugnahme auf den Willen des anderen Theils, welchem W. für bedingte und befristete Aufrechnungserklärungen die Entscheidung zuweisen will, kommt er in das Gebiet der vertragsmäßigen Kompensation. Daß durch letztere bedingt und befristet kompensirt werden kann, bedarf keiner Darlegung.

Zu § 224 (223?). Nach dem Entwurf (vgl. Mot. II. S. 110) kann die replica compensationis — abgesehen von einem entgegenstehenden Kompensationsvertrage — nur darauf gestützt werden, daß die zur Aufrechnung verwendete Forderung schon durch Aufrechnung mit einer anderen dieser gegenüberstehenden Forderung getilgt sei.

W. bedauert, daß die replica nicht darauf gestützt werden könne, daß die einredeweise und die replicando verwendeten Forderungen älter sind als die eingeklagten, und eher einander kompensabel gegenüberständen. Die von W. befürchteten Härten sind übertrieben, namentlich durch seine irrige Annahme, daß die Aufrechnungserklärung eine ausdrückliche sein müsse; es genügt eine stillschweigende Erklärung, die allerdings unter Abwesenden zur Kenntniß des anderen Theils gekommen sein muß. §§ 282, 72, 74 d. Entw.

Zu § 330 bemängelt W., daß in Folge der anscheinend gleichen Rechtslage für die Fälle der Gesammtgläubiger und Gesammtschuldner die gleichen Bestimmungen getroffen seien. Ein Gesammtschuldner könne allerdings nicht die Forderung eines Mitschuldners zur Kompensation stellen. Der Schuldner aber, der eine kompensationsfähige Forderung gegen einen Gesammtgläubiger habe, sei jederzeit in der Lage, die Schuld durch Aufrechnung zu tilgen. W. übersieht, daß (vgl. § 331) der Schuldner von dieser Befugniß dem ihm schuldenden Gesammtgläubiger gegenüber jeden Augenblick — auch während er von einem anderen Gesammtgläubiger belangt wird — Gebrauch machen kann. Der Entwurf will nur verhüten, daß der Zweck des Gesammtschuldverhältnisses — Erhöhung der Sicherheit und Erleichterung der Rechtsverfolgung für den Gläubiger — nicht dadurch in Frage gestellt wird, daß ein Gesammtgläubiger sich einlassen muß auf ein zwischen einem anderen Gesammtgläubiger und dem Schuldner bestehendes Rechtsverhältniß.

(Fortsetzung folgt).

Aus der Praxis.

Einzelne Rechtsfälle.

Nr. 1.

Ersitzungsfähigkeit eines Kirchhofes nach preuß. Recht.

A.L.R. I. 4 §§ 14, 15; I. 9 §§ 581, 582; II. 11. §§ 183 ff.

Genügt das Aufhören von Beerdigungen, um die Verkehrsbeschränkung eines Kirchhofs zu beseitigen?

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 18. Februar 1888 in Sachen der Stadtgemeinde Danzig, Beklagten, wider die St. Bartholomäi-Kirchengemeinde daselbst, Klägerin, V. 329/87.)

Die Revision der Klägerin wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Marienwerder ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Klägerin, die St. Bartholomäi-Kirchengemeinde in Danzig, verlangt von der Beklagten, der Stadtgemeinde Danzig, Anerkennung des ausschließlichen (soll heißen: unbeschränkten) Eigenthums der Klägerin an dem südlich und westlich von der St. Bartholomäus-Kirche belegenen Platz, welcher auf der Handzeichnung näher bezeichnet ist. Ueber diesen Platz führen von den angrenzenden Straßen Schüsseldamm, St. Bartholomäus-Kirchensteig und Faulgraben her auf 4 Zugängen gepflasterte Wege, an welche die Beklagte, welche das Eigenthumsrecht der Klägerin anerkennt, eine städtische Fußwegsgerechtigkeit in Anspruch nimmt, weshalb sie widerklagend die Anerkennung des öffentlichen Karakters dieser Fußwege begehrt, welche die Klägerin verweigert. Klägerin behauptet, der ganze Platz habe früher als Begräbnißplatz gedient; dies giebt die Beklagte jedoch nur zu bezüglich zweier kleineren Flächen, welche von den gedachten Wegen nicht berührt werden; unstreitig hat zuletzt im Jahre 1821 eine Beerdigung innerhalb des Platzes stattgefunden. Die Beklagte beruft sich für die Oeffentlichkeit der beanspruchten Fußwege darauf, daß seit Menschengedenken und jedenfalls länger als seit 44 Jahren von den Mitgliedern der Stadtgemeinde auf diesen Wegen gegangen sei zu Zwecken des öffentlichen Verkehrs und bürgerlichen Lebens, frei, offen und ungestört, mit dem Bewußtsein der Ausübung eines Gemeinderechts. Dies hat die Klägerin bestritten.

Nach Augenscheinseinnahme und Zeugenvernehmungen hat der erste Richter auf, die Klage: die Beklagte zur Anerkennung des

Eigenthums der Klägerin an dem Platze, dem Anerkenntniß der Beklagten gemäß, und auf die Widerklage: die Klägerin zur Anerkennung der fraglichen Wege als öffentliche Fußwege verurtheilt, unter Belastung der Klägerin mit den Prozeßkosten.

Auf Berufung der Klägerin hat der Berufungsrichter das erste Urtheil dahin abgeändert: daß die Beklagte zur Anerkennung des ausschließlichen Eigenthums der Klägerin an dem Platze schuldig, die Widerklage abzuweisen, und Beklagte in die Prozeßkosten zu verurtheilen sei.

Die Beklagte hat Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Der Berufungsrichter hat für seine Entscheidung zwei Gründe gegeben, einmal den, daß die Beklagte die Ersitzungsfähigkeit des Platzes, an welchem sie die Fußsteigsgerechtigkeit durch Verjährung erworben haben will, nicht dargethan habe, und zweitens den, daß auch keine ausreichenden Ersitzungshandlungen nachgewiesen seien. Ob der zweite Grund mit Erfolg angegriffen werden könnte, mag dahingestellt bleiben, weil der erste Grund durchschlägt und zu billigen ist.

Der Berufungsrichter geht mit Recht davon aus, daß nach den Bestimmungen des A.L.R. I. 4. §§ 14, 15; I. 9. §§ 581, 582; II. 11 §§ 183 ff. Kirchhöfe, solange und soweit sie dem Zweck, welchem sie gewidmet worden, dienen, dem gemeinen Verkehr entzogen und folgeweise einer Ersitzung unzugänglich sind. Er stellt nun fest, daß der Platz, auf welchem die von der Beklagten beanspruchten Fußwege liegen, in seiner gesammten Ausdehnung, einschließlich dieser Fußwege, früher als Begräbnißplatz gedient hat. Zu dieser Feststellung gelangt er auf Grund eines eingehenden richterlichen Lokalbefundes, und es kann darum der Beklagten und Revisionsklägerin nicht zugegeben werden, daß die Feststellung mangelhaft begründet sei; übrigens ist es unerheblich, ob auch unter den Fußwegen sich Gräber befinden, denn die Verkehrsbeschränkung des Kirchhofes erstreckt sich nicht bloß auf diejenigen Flächen, welche zur Anlegung von Gräbern bestimmt sind, sondern auf alle Theile des Kirchhofes, auch auf diejenigen, welche als Zugänge zu den Grabstätten dienen. Die Beklagte hatte demnach nachzuweisen, daß die Ersitzung, auf welche sie sich beruft, möglich war, d. h. daß der in Frage stehende Platz mindestens während des zur Vollendung der

Ersitzung gegen eine Kirchengemeinde erforderlichen 44 jährigen Zeitraums dem gemeinen Verkehr zurückgegeben gewesen sei. Diesen Beweis vermißt der Berufungsrichter, weil der Kirchhof nicht mit der Beerdigung der letzten Leiche, welche im Jahre 1821 stattgefunden hat, sondern erst durch ausdrückliche oder in schlüssigen Handlungen an den Tag gelegte Willensäußerungen der zuständigen staatlichen Behörde oder Kirchengemeinde, und ohne besondere Kennzeichen jedenfalls erst geraume Zeit nach der letzten Beerdigung in den gemeinen Verkehr zurückgelangte, eine derartige „Schließung“ des Kirchhofs aber von der Beklagten nicht nachgewiesen sei. Diese Erwägungen sind zutreffend und unterliegen nicht dem von der Beklagten erhobenen Vorwurf, daß dabei die seit 1821 stattgehabte ausnahmslose Benutzung von neuen, außerhalb der Stadt angewiesenen Beerdigungsplätzen und das seitdem beobachtete landrechtliche Verbot von Beerdigungen in bewohnten Gegenden der Städte (A.L.R. II. 11. § 184) keine Beachtung gefunden habe. Es genügt nicht das Aufhören der Beerdigungen, um die Verkehrsbeschränkung des Kirchhofs zu beseitigen, denn es ist nicht die Handlung des Eingrabens von Leichen, welche den Kirchhof über die Bedeutung beliebiger anderer Plätze heraushebt, sondern die Ehrfurcht, welche der Ruhestätte der Abgeschiedenen gezollt wird, und diese ist nicht mit der Zudeckung des letzten Grabes erloschen. Umstände der vom Berufungsrichter bezeichneten Art, welche für eine wirkliche „Schließung“ des Kirchhofs zu verwerthen wären, hat aber die Beklagte nicht dargelegt; sie hat mithin nicht bewiesen, daß das ihrer Ersitzung entgegenstehende Hinderniß überhaupt und jedenfalls schon 44 Jahre vor der Klagezustellung aus dem Wege geräumt worden sei.

Nr. 2.

Bereicherungsklage und Klage aus nützlicher Verwendung nach preußischem Recht.

A.L.R. I. 13. §§ 262 ff. 277 ff.

Steht der Ersatzanspruch dem Vertragsgenossen eines Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn zu?

(Urtheil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 16. Februar 1888 in Sachen B., Klägers, wider die Fräulein M. u. Gen., Beklagte. VI. 315/87.)

Auf die Revision des Klägers ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Königsberg aufgehoben, und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe:

Dem Kläger war von der Wittwe M., der Mutter der drei Beklagten, mittelst schriftlichen Kontrakts für 6200 M. der von ihm ausgeführte Abbruch und Neubau eines Wohnhauses verdungen, welches Miteigenthum dieser vier Personen ist.

Nachdem ihm im Vorprozeß gegen die Wittwe M. von 3600 M. Lohnrest, unter Absatz von 482,92 M. wegen Baumängel, der Betrag von 3117,08 M. zuerkannt war, welcher nicht hat beigetrieben werden können, beansprucht er denselben mit Zinsen von den Beklagten als angeblichen Mitkontrahenten, eventuell nach §§ 262 ff. A.L.R. I. 13 wegen der durch seine Arbeiten, denen die verabredete Gegenleistung von 6200 M. entspreche, bewirkten Verwendung in ihr Vermögen, da der Neubau bei der Baufälligkeit des alten Hauses nothwendig und mindestens 5717,08 M. (6200—482,92 M.) werth gewesen sei.

Der Berufungsrichter verwirft beide Klaggründe, den ersten in unanfechtbarer Weise wegen Beweismangels, den letztern unter rechtsirrthümlicher Nichtanwendung der §§ 262 ff. a. a. O.

Die gedachten Vorschriften beziehen sich auf den Anspruch aus nützlicher Verwendung in fremdes Vermögen, welche ohne rechtlichen Vertrag der Parteien eintritt (vgl. § 277).

Zunächst ist hierunter die Verwendung oder Bereicherung ohne jeden Rechtsgrund begriffen, welche nach gemeinem Rechte die condictio sine causa begründete.

Aus den Verhandlungen bei der Abfassung jener Vorschriften ergiebt sich aber, daß dieselben zugleich die gemeinrechtliche actio de in rem verso ersetzen sollten. Vgl. Koch, Kommentar, Anm. 1 zu §§ 228 ff. A.L.R. I. 13.

An sich war zwar diese Klage nur aus Verträgen der Sklaven und Haussöhne gegen den Gewalthaber gegeben. Allein Theorie und Praxis verstand die l. 7 § 1 Cod. 4, 26, welche auch bei dem Vertrage eines freien Vertreters von einer Klage gegen den Geschäftsherrn auf dasjenige spricht, was in rem ejus processit, dahin, daß dieselbe auf die Geschäfte freier Geschäftsführer ausgedehnt sei.

Offenbar im Anschluß hieran gewähren die §§ 262 ff. A.L.R. I. 13 auch den Vertragsgenossen des Geschäftsführers eines Dritten einen Ersatzanspruch gegen diesen Dritten wegen desjenigen Vortheils, welcher dem letztern aus seinem Vermögen dadurch zufließt, daß sein

Geschäftsführer die empfangene Vertragsleistung ihm als Geschäftsherrn abliefert, vorausgesetzt nur, daß nicht ein Vertrag zwischen den Parteien selbst zu Stande gekommen ist. Diese Voraussetzung aber trifft zu, wenn der Geschäftsführer des Dritten zwar als dessen Bevollmächtigter, aber in eignem Namen, oder wenn er nur als sein freiwilliger Geschäftsführer kontrahirte.

Das Wesen der bezeichneten Vorschriften besteht hiernach darin, daß sie die früher theils mit der condictio sine causa, theils mit der actio de in rem verso, also mit Klagen von wesentlich verschiedener rechtlicher Natur verfolgten Ansprüche unter dem gemeinsamen Gesichtspunkte der „nützlichen Verwendung" zusammenfassen.

Daß sie auch den letztern Anspruch zum Gegenstande haben, ist im Gegensatz zum preuß. Obertribunal von dem Reichs-Oberhandelsgerichte und dem Reichsgerichte (in dessen Entsch. Bd. 1 S. 143 und 159) bereits anerkannt und durch die Gegenausführung in der 5. Auflage von Förster's Theorie und Praxis Bd. 2 § 148 nicht widerlegt.

Denn die Annahme, wenn der § 262 a. a. O. von demjenigen spreche, „aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines Andern verwendet worden," so gestatten diese Worte keine Anwendung auf dasjenige, was zunächst dem Vermögen einer Mittelsperson und erst aus diesem dem Nutzen des Dritten zufließe, erscheint deshalb nicht als zutreffend, weil jener Ausdruck bei seiner Allgemeinheit völlig geeignet ist, die in der bezeichneten Weise durch das Vermögen eines Vertreters vermittelte Verwendung mit zu begreifen.

Die Absicht des Gesetzgebers, die gedachten beiden Ansprüche durch die fraglichen Bestimmungen gemeinsam zu regeln, ergiebt sich auch daraus, daß dieselben eine besondere Regelung an keiner andern Stelle des Gesetzes gefunden haben.

Andererseits folgt aber aus der Anknüpfung des aus den Verträgen von Mittelspersonen herzuleitenden Versionsanspruchs an die gemeinrechtliche actio de in rem verso die schon in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 1 S. 150 ff. angedeutete nothwendige Beschränkung desselben.

Die gedachte Klage konnte ihrem Gegenstande nach nicht über die Vertragsleistung hinausgehen, welche der Kläger von seinem eignen Kontrahenten zu fordern hatte, setzte voraus, daß dieser den erzielten Geschäfsvortheil dem Dritten als seinem Geschäftsherrn unmittelbar

und nicht etwa durch ein selbständiges Rechtsgeschäft (z. B. durch Schenkung oder Kauf) zuwendete, und war ausgeschlossen, wenn derselbe für diese Zuwendung von dem Geschäftsherrn ohne dessen Arglist bereits Ersatz erhalten hatte.

Das Letztere ist bei Förster a. a. O. (Anm. 19) insofern verkannt, als daselbst angenommen wird, das römische Recht habe dem mit der actio venditi de in rem verso belangten Vater gewiß nicht die Einrede gestattet, daß er dem Sohne den von diesem zu zahlenden Kaufspreis bereits gezahlt habe. Denn das Gegentheil findet sich in l. 10 § 6 Dig. 15, 3 ausgesprochen.

In Uebereinstimmung hiermit sind für den bezeichneten Versionsanspruch aus §§ 262 ff. a. a. O. die gleichen Einschränkungen anzuerkennen, so daß derselbe nur in Höhe der bedungenen Vertragsleistung auf das dem Dritten durch den Geschäftsführer ohne gutgläubige Ersatzleistung unmittelbar Zugewendete (das von demselben einfach Abgelieferte) oder auf dessen Werth gerichtet werden kann.

Wenn die Mutter der Beklagten, wie festgestellt ist, mit dem Kläger in eigenem Namen kontrahirt, den Vertragsanspruch gegen denselben daher lediglich für ihre Person erworben hat, so ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß sie, soweit die einzelnen Beklagten Miteigenthümer des fraglichen Grundstücks sind, materiell als deren Geschäftsführerin handelte, und ebensowenig, daß sie ihnen den Vortheil aus dem abgeschlossenen Vertrage durch die bewirkte Verbesserung des gemeinschaftlichen Grundstücks unmittelbar zuwendete. Da ein Vertrag zwischen den Parteien selbst nicht besteht, so erscheint der Anspruch aus der nützlichen Verwendung hierdurch an sich als begründet. Denn die Ausstellungen des Berufungsrichters können nicht als zutreffend angesehen werden.

Daß dem Kläger ein Vertragsanspruch gegen die Mutter der Beklagten zusteht, würde die zulässige Konkurrenz eines Verwendungsanspruchs gegen die letzteren auch dann nicht ausschließen, wenn dieser denselben Gegenstand hätte, da er dem Obigen zufolge die Vertragsleistung nur nicht überschreiten darf. Ebensowenig würde der erhobene Verwendungsanspruch dadurch gehindert sein, daß die behauptete Verwendung aus dem klägerischen Vermögen in den Nutzen der Beklagten durch das Vermögen ihrer Mutter hindurch gegangen wäre.

Daß, wie der Berufungsrichter hervorhebt, nichts dafür spreche,

daß letztere das neue Haus für sich und die übrigen Miteigenthümer des Grundstücks gebaut oder ihnen irgend welche Vortheile aus diesem Neubau zuzuwenden beabsichtigt oder thatsächlich zugewendet habe, kann der Klage ebenfalls nicht entgegengehalten werden. Denn nach den §§ 265 und 266 A.L.R. I. 13 ist, was Jemand, der über sein Vermögen frei verfügen kann, an Gelde oder Geldeswerth übernommen hat, vorbehältlich des Gegenbeweises auch für nützlich verwendet zu achten. Jede der Beklagten aber hat zu ihrem Miteigenthumsantheile an sich den Werth, um welchen das gemeinschaftliche Grundstück durch den fraglichen Neubau verbessert wurde, schon dann übernommen, wenn sie diesen Neubau für sich nutzte.

Unerfindlich ist ferner, inwiefern der ihnen zugeflossene Vortheil dadurch aufgehoben sein soll, daß der Anspruch des Klägers ohne den Eintritt seiner Befriedigung durch Verpfändung des fraglichen Grundstücks gesichert wurde. Eine sonstige Aufhebung der erfolgten Verwendung (etwa durch Ersatzleistung der Beklagten an ihre Mutter) ist ebensowenig ersichtlich, auch von einem selbständigen Rechtsgeschäft zwischen den Beklagten und ihrer Mutter bisher nicht die Rede gewesen. Den Beklagten bleibt übrigens die Geltendmachung besonderer Einreden gegen den gedachten Klaganspruch unbenommen.

Nr. 3.

Genügt ein mündlicher Vorbehalt, um die nach § 143 A.L.R. I. 16 eintretende Vermuthung des Vergleichs auszuschließen? Auslegung des A.L.R. I. 16 § 133 betr. die Vermuthung der Zahlung bei terminlichen Leistungen und des I. 9 §§ 568, 569 betr. die Wirkung der Verjährung.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 26. September 1888 in Sachen E., Beklagten, wider R., Kläger. V. 141/88.)

Auf die Revision des Beklagten ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Stettin aufgehoben und die Sache in die zweite Instanz zurückverwiesen.

Thatbestand:

Auf die Berufung des Klägers gegen das abweisende Urtheil erster Instanz ist Beklagter für den Fall der Leistung eines dem Kläger auferlegten Eides zur Zahlung von 3000 M. nebst 5 pCt. Zinsen seit dem 1. März 1885 verurtheilt worden.

Beklagter hatte die Verwerfung der Berufung beantragt.

Derselbe hat die Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Kläger klagt aus dem mit dem Beklagten und einer zweiten Person am 10. April 1875 notariell abgeschlossenen Fischereipachtvertrage gegen den aus demselben solidarisch verpflichteten Beklagten rückständigen Pachtzins ein mit der unbestrittenen und durch das vorgelegte Quittungsbuch bestätigten Behauptung, daß seit dem 1. Juni 1879 ab bis zum Ablauf der Pachtzeit im Jahre 1885 der im Vertrage auf 5400 M. pro Jahr festgesetzte, in Quartalsraten am 1. März, 1. Juni, 1. September und 1. Dezember zahlbare Pachtzins nur in Höhe von 4800 M. entrichtet worden ist. Kläger beziffert die Gesammtsumme der Rückstände für 23 Quartale auf 3450 M., hat aber im vorliegenden Prozeß nur 3000 M. eingeklagt.

Der Beklagte hat unter Berufung auf die Rechtsvermuthungen der §§ 133 und 143 A.L.R. I. 16 eingewendet, der Pachtzins sei im Jahre 1879 auf 4800 M. herabgesetzt, der Mehrbetrag vom Kläger ihm erlassen worden. Event. hat er in Ansehung der vor dem 1. Januar 1885 fälligen Pachtrate den Einwand der Verjährung erhoben, und außerdem seinen Anspruch auf Rückzahlung der 1200 M. betragenden Pachtkaution und einen Anspruch auf 1350 M. wegen Nichtgewährung resp. Vereitelung der Pachtnutzung des letzten Quartals gegen die Klageforderung in Gegenrechnung gestellt.

Der Berufungsrichter hat in dem Vorbringen des Beklagten zunächst die Behauptung einer mündlichen Abänderung des schriftlichen Vertrages durch Herabsetzung des Pachtzinses um jährlich 600 M. oder eines (generellen) Verzichts auf diesen Mehrbetrag gefunden und hat von diesem Gesichtspunkt die bezügliche Behauptung für unerheblich erachtet, weil eine solche Vereinbarung bezw. Verzichtleistung zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form bedurft hätte.

Das ist richtig, insoweit es sich um eine entsprechende Abänderung des Vertrages oder um einen mehrere Pachtraten (antheilsweise) umfassenden Verzicht oder Erlaß handelt, würde übrigens aber der Gültigkeit eines Erlasses einer einzelnen Pachtrate in Höhe von 150 M. nicht entgegenstehen. Der Beklagte braucht aber das Zustandekommen eines gültigen Rechtsgeschäfts, durch welches er von der Zahlung eines Theils der vertragsmäßigen Pacht entbunden wurde, nicht nachzuweisen, insofern ihm die Rechtsvermuthung des

§ 143 A.L.R. I. 16 zur Seite steht. Von den Voraussetzungen dieses Paragraphen liegt die erste unstreitig vor. Es ist nämlich die Zahlung des Pachtgeldes unstreitig durch länger als drei Jahr, nämlich seit Juni 1879 bis März 1885 nur in Höhe von 300 M. pro Quartal geleistet worden. Streitig ist nur, ob diese verminderten Zahlungen von Seiten des Klägers ohne Vorbehalt angenommen worden sind. Das vorgelegte Quittungsbuch ergiebt nur einen Vorbehalt in der Quittung vom 7. Juni 1882, welcher lautet: 1200 M. (in Worten: zwölfhundert Mark) sind heute gezahlt und bleiben Rest hundertfünfzig Mark. Vor dieser Quittungsleistung aber war die verminderte Pachtzahlung schon durch drei Jahre fortgesetzt worden. Der Berufungsrichter hat nun aber die Behauptung des Klägers, daß er bei den Pachtzinszahlungen wiederholt, insbesondere aber bei der von ihm selbst (während sonst häufig seine Frau quittirte) ausgestellten Quittung vom 10. Juni 1880 der die Zahlung leistenden Ehefrau des Beklagten gegenüber erklärt: er schenke die in Rest verbleibenden 150 M. Pachtzins keineswegs, durch die Beweisaufnahme für so wahrscheinlich gemacht erachtet, daß er hierüber, sowie auch über den bei der Quittung vom 7. Juni 1882 erklärten Vorbehalt, dessen Beziehung auf die Pachtzinsforderung der Beklagte bestritten, dem Kläger einen Eid auferlegt hat, von dessen Leistung er die Verurtheilung des Beklagten der Klage gemäß abhängig macht. Die thatsächlichen Erwägungen, durch welche der Berufungsrichter dazu gelangt ist, dem Kläger zum Eide zu verstatten, entziehen sich der Prüfung des Revisionsrichters; ein prozessualischer Angriff, den bei diesem Punkte der Revisionskläger erhoben, ist zwar an sich nicht grundlos, würde aber doch nicht die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung haben herbeiführen können. Es rügt nämlich die Revision zwar mit Recht, daß der Beweisbeschluß vom 15. November 1886, durch welchen die Vernehmung und nachträgliche Vereidigung der Ehefrauen des Klägers sowie des Beklagten gleichzeitig angeordnet worden ist, dem Sinne des Gesetzes (§ 385 C.P.O.) nicht entspricht, weil die dem Prozeßgericht obliegende Prüfung, ob ein zunächst unbeeidigt zu vernehmender Zeuge nachträglich zu vereidigen, die vorherige Vernehmung voraussetzt. Es konnte aber diese im Laufe des Verfahrens vorgekommene Regelwidrigkeit den erkennenden Richter nicht hindern, die Aussagen der betreffenden Zeugen, deren Vereidigung nicht mehr rückgängig zu machen war, auf ihre Glaubwürdigkeit

zu prüfen und demgemäß bei Feststellung des Beweisresultats zu berücksichtigen.

Es muß ferner in der rechtlichen Beurtheilung des aus § 143 A.L.R. I. 16 erhobenen Einwandes dem Berufungsrichter beigetreten werden, insbesondere darin, daß ein mündlicher Vorbehalt genügt, um die Rechtsvermuthung des gedachten Paragraphen auszuschließen, sowie darin, daß der Vorbehalt, um diese Wirkung zu haben, nicht nothwendig dem Schuldner selbst gegenüber erklärt zu werden braucht, sondern auch gegen denjenigen wirksam erklärt werden kann, welcher für Rechnung und im Auftrage des Schuldners die Zahlung leistet.

Beide Sätze ergeben sich aus der Erwägung, daß die im § 143 aufgestellte Rechtsvermuthung einer Vereinbarung der Betheiligten nicht Platz greifen kann, wenn der entgegengesetzte Wille des einen Theiles klar erhellt. Dies ist aber schon dann der Fall, wenn bei Annahme der Leistung ein Vorbehalt auch nur mündlich erklärt worden ist. Der Aufnahme dieses Vorbehalts in die Quittung bedarf es um so weniger, als das Gesetz die fragliche Rechtsvermuthung auf Seiten des Berechtigten nicht an die Ertheilung der Quittung, sondern an die vorbehaltlose Annahme der Leistung selbst knüpft. Die Annahme einer geringeren Zahlung oder Leistung aber ist nicht vorbehaltlos geschehen, wenn dabei der Berechtigte den Vorbehalt seiner Mehrforderung auch nur mündlich dem Zahlenden gegenüber erklärt hat.

Während hiernach der Berufungsrichter den aus § 143 a. a. O. erhobenen Einwand mit Recht nur in dem Fall für begründet erachtet, wenn der vom Kläger behauptete Vorbehalt in den zum Eide gestellten Fällen nicht erwiesen wird, hat er ebenfalls mit Recht den § 133 a. a. O. ganz außer Anwendung gelassen. Denn die in diesem Paragraphen bei terminlichen Zahlungen aus der Berichtigung zweier aufeinander folgender Termine für die Tilgung der früheren aufgestellte Vermuthung bezieht sich nur auf die Thatsache der Zahlung selbst, nicht aber auf die hier in Rede stehende Frage, wie viel zu zahlen war. Daß und in welcher Höhe die Zahlungen in den früheren Terminen geleistet worden sind, ist aber im vorliegenden Fall nicht streitig.

Insoweit konnte also die Revision des Klägers für begründet nicht erachtet werden. Begründet ist dieselbe dagegen bezüglich der Einreden der Verjährung und zum Theil auch der Kompensation.

Der Einwand der Verjährung ist in Ansehung der vor dem

Jahre 1881 fällig gewordenen Pachtraten durch § 2 Nr. 5 des Ges. vom 31. März 1888 begründet. Der Berufungsrichter schließt die Verjährung aus, weil nach § 568 A.L.R. I. 9 die vollendete Verjährung durch Nichtgebrauch (nur) die rechtliche Vermuthung wirke, daß die ehemals entstandene Verbindlichkeit in der Zwischenzeit auf eine oder die andere Art gehoben worden, von einer solchen Vermuthung der Tilgung aber da nicht gesprochen werden könne, wo — wie hier — unstreitig sei, daß die Forderung nicht getilgt sei. Dieser Entscheidungsgrund ist in mehrfacher Beziehung rechtsirrthümlich. Es bedarf hier keines Eingehens auf die Entstehungsgeschichte der §§ 568, 569 a. a. O. und ihr Verhältniß zu anderen, mit der Annahme einer bloßen Vermuthung der Tilgung nicht im Einklang stehenden Vorschriften des A.L.R. (§§ 501, 569 I. 9, § 7 I. 16); selbst wenn man nämlich mit dem Berufungsrichter den § 568 ohne Rücksicht auf die übrigen Bestimmungen des Titels und den in unmittelbarem Zusammenhange mit ihm stehenden § 569 betrachten wollte, würde er im vorliegenden Falle die Ausschließung des Verjährungseinwandes nicht rechtfertigen. Denn die nach § 568 durch die Verjährung bewirkte Vermuthung bezieht sich nicht auf eine bestimmte Tilgungsart, insbesondere auf die Tilgung der Verbindlichkeit durch Erfüllung, sondern läßt es unbestimmt, in welcher Art die ehemalige Verbindlichkeit gehoben worden. Dies verkennt offenbar der Richter, wenn er die Vermuthung der Tilgung hier für ausgeschlossen erachtet, weil es unstreitig sei, daß die Forderung nicht getilgt sei. Das von dem Richter festgestellte Einverständniß der Parteien geht aber nur dahin, daß die hier eingeklagten Pachtrückstände nicht gezahlt worden sind. Daß die fragliche Verpflichtung nicht in anderer Art gehoben worden sei, ist keineswegs unstreitig, vielmehr gerade Gegenstand des Rechtsstreites. Der Berufungsrichter läßt aber auch ganz außer Acht, daß der § 568 seine Ergänzung und Erklärung in dem sich anschließenden § 569 findet, mit welchem zusammen er, wie bekannt, nachträglich in das Gesetzbuch eingeschaltet worden ist (vgl. Koch, Kommentar zu §§ 568 und 569).

Nach diesem Paragraphen kann jene Vermuthung nur durch den (vollständigen) Beweis entkräftet werden, daß der andere unredlicher Weise und gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit sich der Erfüllung derselben entziehen wolle (vgl. R.G. bei Gruchot Bd. 30 S. 948). — Daß der Beklagte sich unredlicher Weise seiner Verpflichtung entziehen will, obwohl er

von der Fortdauer derselben selbst überzeugt sei, hat der Berufungsrichter nicht festgestellt und ist auch vom Kläger selbst nicht geltend gemacht worden. Der Berufungsrichter konstatirt vielmehr selbst aus den Beweisergebnissen, daß unter den Parteien Unterhandlungen über den Pachterlaß stattgefunden haben, daß Kläger zu einem Erlaß sich geneigt gezeigt, solchen bezüglich einzelner Raten oder auch bezüglich eines längeren Zeitraums vielleicht auch bewilligt hat. — (Die weiteren Ausführungen bieten kein Interesse.)

Nr. 4.

Ehescheidungsprozeß. Kann auf die Vorschriften über den Sühneversuch (C.P.O. §§ 570—573) verzichtet werden? C.P.O. § 263. Heilung des Mangels des fehlenden Sühneversuchs durch Abhaltung desselben nach Anstellung der Klage?

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 24. November 1887 in Sachen K., Beklagten, wider Frau K., Klägerin. IV. 193/87.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preuß. Kammergerichts ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die von der Revision erhobenen Rügen konnten nicht für durchgreifend erachtet werden.

Der Beklagte, welcher in dem Verfahren erster Instanz unvertreten geblieben ist, hat seine Berufung gegen das die Scheidung aussprechende erste Urtheil zunächst darauf gestützt, daß der Klageerhebung nicht ein den gesetzlichen Erfordernissen entsprechender Sühneversuch vorangegangen sei. Ausweislich des mit der Klage in Abschrift überreichten amtsgerichtlichen Protokolls vom 3. Februar 1886 ist in dem zur Vornahme des Sühneversuchs anberaumten Termine nur die Klägerin, welche solchen beantragt hatte, nicht aber der Beklagte erschienen, und der Sühneversuch deshalb gemäß § 572 Abs. 2 C.P.O. für mißlungen erklärt. Die Ladung zu diesem Termine ist, wie Beklagter behauptet und Klägerin eingeräumt hat, in Abwesenheit des ersteren der letzteren zugestellt, und diese soll dieselbe, nach der ferneren, streitig gebliebenen Behauptung des Beklagten, auf Anrathen ihres Bruders „unterschlagen" und dem Beklagten nicht ausgehändigt haben. Der Berufungsrichter erachtet jedoch den hieraus entnommenen Einwand für unbeachtlich,

a) weil Beklagter, nachdem er jedenfalls durch die ihm zugestellte Klageschrift von dem fruchtlosen Sühneversuch Kenntniß erlangt

habe, den Mangel der Ladung in dem Verhandlungstermine vom 28. Juni 1886, zu welchem er festgestelltermaßen zu eigenen Händen geladen worden, hätte rügen müssen, dieses aber versäumt habe;

b) weil der Mangel jedenfalls durch den am 26. Februar 1887 von dem nämlichen Amtsgerichte auf Antrag der Klägerin mit beiden Parteien vorgenommenen, jedoch fruchtlos gebliebenen Sühneversuch geheilt sei.

Der erste dieser Gründe erscheint nicht haltbar. Wenn man auch mit dem Berufungsrichter und in Uebereinstimmung mit dem Urtheil des II. Civilsenats des Reichsgerichts vom 28. Januar 1887 (Entscheidungen Bd. 17 S. 409 ff.) die an die Klägerin, in Vertretung ihres abwesenden Ehemannes, bewirkte Ersatzzustellung der Ladung zum Sühnetermin gemäß § 166 C.P.O. für wirksam erachten und ihr die Gültigkeit um deswillen, weil die Ehefrau die Gegnerin ihres Mannes — des Ladungsadressaten — war, nicht absprechen will, so kann doch von einem den gesetzlichen Vorschriften (§§ 570 ff. C.P.O.) entsprechenden Sühneversuch dann nicht die Rede sein, wenn der Extrahent die ihm für seinen Gegner zugestellte Ladung demselben geflissentlich vorenthalten und dadurch die wirkliche Vornahme eines richterlichen Sühneversuchs selber verhindert hat, was nach der beklagtischen Behauptung von Seiten der Klägerin geschehen sein soll. Die vom Berufungsrichter unterstellte stillschweigende Verzichtleistung auf die Rüge dieses Mangels nach Maßgabe des § 267 C.P.O. liegt nicht vor. Denn einmal setzt diese Vorschrift voraus, daß die verletzte Partei in einem auf die Verletzung folgenden Termin zur mündlichen Verhandlung erschienen sei und gleichwohl den Mangel nicht gerügt habe; der Beklagte ist aber, wie die Sitzungsprotokolle ergeben, in keinem der Verhandlungstermine erster Instanz erschienen. Und sodann gehören die Vorschriften der §§ 570—573 C.P.O. über den Sühneversuch zu den im öffentlichen Interesse erlassenen, auf deren Befolgung daher keine Partei wirksam verzichten kann (Motive bei Hahn, Materialien S. 398; § 267 Abs. 2 C.P.O.).

Dagegen kann der zweite Grund des Berufungsrichters als rechtsnormwidrig nicht betrachtet werden. Es hat nämlich nach ergangenem ersten Urtheil auf Antrag der Klägerin ein Sühneverfahren vor dem zuständigen Amtsgerichte stattgefunden, welches, obwohl beide Theile in dem anberaumten Termine persönlich erschienen sind, in Folge Beharrens der Klägerin auf dem Verlangen der

Scheidung, erfolglos geblieben ist. Allerdings ist man bei der Abfassung der C.P.O., indem man im Anschluß an die preußische Gesetzgebung (Verordnung vom 28. Juni 1844) für die Erhebung der Ehescheidungsklage als regelmäßiges Erforderniß ein vorgängiges Sühneverfahren vor dem zuständigen Amtsgerichte vorschrieb, ohne Zweifel von der auch für die angezogene preußische Verordnung maßgebend gewesenen Erwägung geleitet worden, daß erfahrungsmäßig durch den Scheidungsprozeß selbst die Entfremdung der Eheleute gesteigert und die im öffentlichen Interesse erwünschte Aussöhnung derselben erschwert wird (vgl. die Motive bei Hahn a. a. O. S. 400, 282; Bornemann, System. Darstellung 2. Aufl. Bd. 5 S. 231). Allein hieraus ist nicht zu folgern, daß eine Heilung jedes diesbezüglichen Mangels schlechthin ausgeschlossen sei. Hiergegen spricht schon die durch § 573 C.P.O. in die Hand des Vorsitzenden des Landgerichts gelegte Befugniß, von dem Erforderniß des Sühneversuchs auch dann zu dispensiren, wenn die Erfolglosigkeit des Sühneversuchs mit Bestimmtheit vorauszusehen ist, insofern aus dieser Vorschrift erhellt, daß man weit davon entfernt gewesen ist, dem vorgängigen Sühneverfahren den Karakter einer formalen Prozeßvoraussetzung beizulegen, daß man dasselbe vielmehr lediglich um seiner materiellen Bedeutung für die Aufrechterhaltung der Ehe willen eingeführt und deshalb unter besonders gearteten Umständen für entbehrlich erklärt hat. — Im vorliegenden Falle ist nun von dem Vorsitzenden des Gerichts erster Instanz bei Ansetzung des Verhandlungstermins völlig korrekt verfahren, da ihm durch eine, irgend welche Mängel des Verfahrens nicht ergebende amtsgerichtliche Urkunde das Mißlingen des vorgängigen Sühneversuchs dargethan wurde. Erst bei Eröffnung der Berufungsinstanz hat Beklagter Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Sühneverfahrens erhoben, welche die Klägerin zu der erfolgten Wiederholung desselben mit dem vorstehend mitgetheilten Ergebniß veranlaßt haben. Hierdurch wurde nicht nur die voraussichtliche Erfolglosigkeit jedes erneuerten Sühneversuchs konstatirt, sondern auch dem Verfahren eine Grundlage gegeben, welche zur Erhebung einer anderweiten Scheidungsklage, unter Zurücknahme der gegenwärtigen, berechtigt hätte. Wenn unter diesen Umständen der Berufungsrichter von der behaupteten Mangelhaftigkeit des vorgängigen Sühneverfahrens absehen zu dürfen geglaubt hat, so trifft ihn nicht der Vorwurf der Verletzung der §§ 570 ff. C.P.O., wobei dahin gestellt bleibt, ob und in welchem

Umfange überhaupt das Prozeßgericht in der Lage ist, die Zulänglichkeit jenes Sühneverfahrens seiner Prüfung zu unterziehen und wegen Mängel desselben die Klage abzuweisen (vgl. Urtheil des III. Civilsenats des Reichsgerichts vom 15. März 1887 in Sachen R. wider R., III. 296/86). — (Die weiteren Gründe interessiren nicht.)

Nr. 5.

Unter welchen Umständen ist der geschiedene und für schuldig erklärte Vater verpflichtet, seinen Kindern auch außerhalb des Haushalts über das vierte Lebensjahr hinaus Unterhalt zu gewähren?

A.L.R. II. 2 §§ 92 ff.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 24. September 1888 in Sachen H., Beklagten, wider die H.'schen Kinder, Kläger. IV. 172/88.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Naumburg ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Das eingelegte Rechtsmittel betrifft den von dem Pfleger der beiden minderjährigen Kinder des Beklagten gegen diesen letzteren erhobenen Anspruch auf Gewährung des Unterhaltes. Zur Begründung der Klage ist nach dem Thatbestande des Berufungsurtheils geltend gemacht, daß seit dem 4. Februar 1887, zu welcher Zeit sich die Ehefrau des Beklagten mit den Kindern aus der gemeinschaftlichen Wohnung der Eheleute entfernt und die Herausgabe der Kinder an den Beklagten verweigert habe, der Beklagte den Kindern keine Mittel zum Unterhalte gewähre und solche außerhalb seiner Häuslichkeit nicht gewähren wolle. Der Beklagte hat bestritten, daß er zur Tragung der Kosten des Unterhaltes der Kinder, welche das vierte Lebensjahr überschritten haben, außerhalb seiner Häuslichkeit verpflichtet sei. Das Landgericht hat sich der Auffassung des Beklagten angeschlossen und den von dem Pfleger Namens der Kinder erhobenen Anspruch für unbegründet erklärt. Das Berufungsgericht hat dagegen ausgesprochen, daß der Anspruch der Kinder auf Unterhalt außer dem Hause des Vaters bis zum Tage des Ehescheidungsurtheils unbegründet, von diesem Tage an bis zu der Zeit, in welcher etwa die Kinder durch einen Beschluß des Vormundschaftsgerichts dem Beklagten zur Erziehung überwiesen werden, dagegen begründet sei. Diese Entscheidung wird in den Entscheidungsgründen als Zwischen-

urtheil bezeichnet. Dabei ist bemerkt, daß der Betrag des Anspruchs noch von der Beweisaufnahme abhängig sei.

Die gegen das Urtheil eingelegte Revision erscheint an sich zulässig. Das angefochtene Urtheil ist zwar kein Endurtheil, allein, da in demselben der geltend gemachte Anspruch auf Gewährung des Unterhaltes außer dem Hause des Vaters bis zu einem bestimmten Zeitpunkte für nicht vorhanden, und von diesem Zeitpunkte ab mit einer bedingten, die Dauer des Anspruchs betreffenden Einschränkung für begründet erachtet wird, so trägt das Urtheil die wesentlichen Voraussetzungen einer Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs in sich und ist daher nach § 276 Abs. 2 C.P.O. in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht auf der Annahme, daß für den Anspruch der Kinder das Ehescheidungsurtheil, welches den Beklagten für den allein schuldigen Theil erkläre, in Verbindung mit § 92 A.L.R. II. 2, nach welcher Bestimmung die Kinder geschiedener Eltern der Regel nach bei dem unschuldigen Theile erzogen werden sollen, beim Nichtvorhandensein einer im Prozeßwege, nämlich von dem Ehegerichte, oder vom Vormundschaftsgerichte getroffenen anderweiten Entscheidung maßgebend sei. Dadurch sei das Erziehungsrecht in einer für alle Betheiligten bindenden Weise so lange geregelt, bis auf Ansuchen einer Partei der vom Ehescheidungsurtheil gesetzlich abhängige Zustand durch das Vormundschaftsgericht geändert werde. Unabhängig von der Frage, wem die Erziehung der Kinder zustehe, sei die Frage, wer die Kosten der Erziehung zu tragen habe. In dieser Hinsicht bestimme der § 103 a. a. O., daß die Kosten der Erziehung der Kinder aus geschiedenen Ehen hauptsächlich vom Vater zu tragen seien. Einer der in den §§ 104 ff. a. a. O. angegebenen Fälle, in denen die Mutter zu den Kosten des Unterhaltes beizutragen habe, liege nicht vor.

Die gegen diese Entscheidung eingelegte Revision kann keinen Erfolg haben.

Es handelt sich im vorliegenden Falle nicht um einen Streit der Eltern darüber, ob die Kinder bei der Mutter oder bei dem Vater erzogen werden sollen, sondern um einen Anspruch der Kinder gegen den Vater auf Gewährung des Unterhaltes außer dem Hause des Vaters. Für den Anspruch auf Gewährung des Unterhaltes gilt der Satz, daß der Verpflichtete der Regel nach, wenn nicht besondere Umstände eine Ausnahme nothwendig machen, den Unterhalt nur in

seiner eigenen Häuslichkeit zu gewähren verpflichtet ist, nicht aber die Kosten des Unterhaltes außerhalb dieser seiner Häuslichkeit zu tragen hat. Es fragt sich also, ob von dieser Rechtsregel im vorliegenden Falle eine Ausnahme zu Gunsten des mit der Klage erhobenen Anspruchs zu machen ist. Die Frage muß bejaht werden. Das Kind ist daran gehindert, die Gewährung des Unterhaltes in dem Hause des Vaters zu empfangen, wenn dem Vater das Erziehungsrecht über das Kind nicht zusteht. Liegt dieser letztere Fall vor, so fällt damit nicht die Verpflichtung des Vaters weg, dem Kinde Unterhalt zu gewähren. Die Verbindlichkeit des Vaters, nach Inhalt der §§ 103 ff. a. a. O. entweder allein oder in Gemeinschaft mit der Mutter die Kosten des Unterhaltes zu bestreiten, besteht auch in dem Falle, in welchem dem Vater das Erziehungsrecht nicht zusteht. Und sie geht in dem fraglichen Falle dahin, daß der Vater die Kosten des Unterhaltes außerhalb seiner Häuslichkeit mit der bezeichneten Maßgabe zu tragen hat. Für die Frage aber, ob bei gegenwärtiger Sachlage das Erziehungsrecht dem Vater zusteht, ist das Ehescheidungsurtheil, durch welches der Vater für den allein schuldigen Theil erklärt worden, nach § 92 a. a. O. normgebend. Wenn im § 92 angeordnet ist, daß Kinder geschiedener Eltern der Regel nach bei dem unschuldigen Theile erzogen werden müssen, so ist damit, wie das Berufungsgericht richtig angenommen hat, eine die in Betracht kommenden rechtlichen Beziehungen aller Betheiligten, der Eltern wie der Kinder, regelnde Bestimmung getroffen. Derselben sind in den folgenden Paragraphen gewisse Ausnahmen beigefügt. Auch ist die im § 92 gegebene Bestimmung an sich, abgesehen von jenen Ausnahmen, nicht unabänderlich. Allein darüber, ob eine jener Ausnahmen vorliegt, hat nicht das Prozeßgericht, sondern das Vormundschaftsgericht zu entscheiden. Ebenso kann eine die Norm des § 92 abändernde Anordnung nur vom Vormundschaftsgericht getroffen oder unter ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung des Vormundschaftsgerichts seitens der Eltern selbst vereinbart werden. Zu vergleichen: Präjudiz 404 des vormaligen preuß. Ob.T. vom 15. Januar 1838 (Präjudizien-Sammlung Bd. 1 S. 164); Entsch. des Ob.T. Bd. 37 S. 233; Striethorst Archiv Bd. 26 S. 343; Dernburg, preuß. Recht ... der § 51; Förster-Eccius Bd. 4 § 222 b.

... erden muß.
O. § 4 Note 3
sses § 31 VIII. 1
Bd. 12 S. 353.

Nr. 6.

Ist eine theilweise Bewilligung des Armenrechts zulässig, wenn eine Partei dasselbe als Berufungskläger und als Anschlußberufungsbeklagter beantragt?

C.P.O. § 110.

Beschluß.

In Sachen des Berginvaliden Theodor E. zu Essen, Klägers,
wider
1. den Kaufmann Heinrich M. aus Huttrop, 2. den Kaufmann Heinrich R. zu Essen, Beklagte,

hat das Reichsgericht, V. Civilsenat, in der Sitzung vom 3. November 1888, auf die Beschwerde des Berufungsklägers und Anschluß-Berufungsbeklagten gegen den Beschluß des königlich preuß. Oberlandesgerichts zu Hamm vom 23. v. M. beschlossen,

daß unter Aufhebung des vorbezeichneten Beschlusses dem Kläger auch in seiner Eigenschaft als Berufungskläger das nachgesuchte Armenrecht für die Berufungsinstanz zu bewilligen. (B.R. V. 115/88.)

Begründung:

Der Kläger hat gegen die erstinstanzliche Entscheidung Berufung eingelegt, der Beklagte sich derselben angeschlossen. Dem Gesuch des Klägers, ihm auch für die Berufungsinstanz das Armenrecht zu gewähren, wie solches in erster Instanz geschehen ist, hat das Gericht nur insoweit entsprochen, als der Kläger als Anschlußberufungsbeklagter in Betracht kommt. Eine solche nur theilweise Bewilligung des Armenrechts würde aber nicht bloß zu praktischen Unzuträglichkeiten führen können, sondern sie steht auch im vorliegenden Falle im Widerspruch mit dem Grunde und der Bedeutung des § 110 Abs. 2 C.P.O. In der höheren Instanz soll, wenn das Rechtsmittel von dem Gegner der in der Vorinstanz zum Armenrecht verstatteten Partei eingelegt ist, dieser gleiche Bewilligung zu Theil werden, ohne Prüfung ob deren Rechtsverfolgung oder Vertheidigung muthwillig oder aussichtslos erscheint. Es ist hier nicht bloß der Vertheidigung des in höherer Instanz Beklagten gedacht, sondern auch der Rechtsverfolgung, die von ihm ausgeht. Zur letzteren gehört auch der Anschluß an das Rechtsmittel des Gegners. Unter gleichem Gesichtspunkt steht aber der vorliegende Fall. Hier hat zwar der in erster Instanz zum Armenrecht verstattete Kläger zunächst die Berufung eingelegt, aber mit dem Anschluß des Beklagten an dieselbe ist der Kläger zugleich

der Angegriffene und erlangt dadurch für die ganze Instanz und das ganze Verfahren in derselben den Anspruch auf Bewilligung des Armenrechts. Namentlich mit Rücksicht auf die Vorschrift des Abs. 2 § 483 a. a. O. kann der vom Vorderrichter gemachte Unterschied, wonach es auf den Zufall der zeitlichen Priorität der Einlegung des Rechtsmittels ankommen würde, nicht für zutreffend erachtet werden.

Nr. 7.

Ist bei einer Klage, welche auf Vertragserfüllung und gleichzeitig auf Schadensersatz gerichtet ist, für die Berechnung des Beschwerdegegenstandes nur der Werth der vertragsmäßigen Leistung oder auch der Betrag des behaupteten Schadens zu berücksichtigen?

C.P.O. §§ 508, 4.

(Urtheil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 16. Mai 1887 in Sachen St., Klägers, wider A., Beklagten. VI. 78/87.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des bayerischen Oberlandesgerichts zu München ist als unzulässig verworfen.

Entscheidungsgründe:

Die Klagbitte ist gerichtet auf Verurtheilung des Beklagten,

1. dem Kläger 200 Zentner dem Verkaufsmuster entsprechende Gerste um den Preis von 1440 M. sofort zu liefern,
2. bei einem etwaigen Mindererlöse den dadurch eintretenden Schaden salva liquidatione und
3. den bisher erwachsenen Schaden von 153,50 M. — später erhöht auf 179,20 M. — sammt Prozeßzinsen zu ersetzen.

Dem Petitum unter 1. zufolge erscheint die Klage zunächst als Klage auf Erfüllung des nach Angabe des Klägers zwischen den Theilen vereinbarten Gersten-Lieferungs-Vertrages, während unter 2. der aus verspäteter bezw. aus Nichterfüllung jenes Vertrages entstandene resp. noch entstehende Schaden ersetzt verlangt wird. Dieser Anspruch auf Schadensersatz stellt sich hiernach, da er gleichzeitig mit dem Anspruch auf Vertragserfüllung geltend gemacht wird, so daß letzterer als Hauptforderung erscheint, lediglich als Nebenforderung dar, welche bei Berechnung des Werthes des Streitgegenstands (§ 4 C.P.O.) und folgeweise für die Frage nach dem Vorhandensein der Revisionssumme (§ 508 Abs. 2 C.P.O.) unberücksichtigt bleiben muß.

Vgl. Struckmann u. Koch, Kommentar zur C.P.O. § 4 Note 3 Abs. 4; Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozesses § 31 VIII. 1 Note 51. Siehe auch Entsch. des Reichsgerichts Bd. 12 S. 353.

Da nun der Werth des Hauptstreitgegenstandes mit dem Kaufpreise der Gerste sich deckt, dieser aber bloß 1440 M. beträgt, mithin die Revisionssumme nicht erreicht, so mußte die Revision als unzulässig verworfen werden.

Nr. 8.

Ist die Verpflichtung, eine eingetragene Post zur Löschung zu bringen, eine Handlung, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann? (C.P.O. § 773) und zwar auch dann, wenn das Dokument über die Post verloren gegangen ist, und ein Aufgebot erfolgen muß? (C.P.O. § 840.)

(B.R. V. 73/86.)

Beschluß:

In Sachen der Wittwe Agathe D. u. Gen., Klägerin, gegen die Bürger D.'schen Eheleute, Beklagte, hat der V. Civilsenat des Reichsgerichts in seiner Sitzung vom 30. Juni 1886 auf die gegen den Beschluß des königl. Oberlandesgerichts zu Posen vom 10. Mai d. J. gerichtete Beschwerde der Beklagten beschlossen:

daß der angefochtene Beschluß aufzuheben, die Sache zur anderweiten Entscheidung in die Vorinstanz zurückzuverweisen, und die Entscheidung über die Kosten dieser Instanz der Endentscheidung vorzubehalten.

Begründung:

Die Beklagten sind rechtskräftig verurtheilt, eine auf dem Grundstücke der Kläger haftende Darlehnsforderung von 500 Thlrn. nebst Zinsen zur Löschung zu bringen, welche bei der Veräußerung dieses Grundstücks, eines Splißtheils von dem Stammgrundstücke, auf welchem sie für den Kaufmann P. eingetragen steht, ungetheilt übertragen worden war. Die Kläger haben beantragt, sie zur Vornahme der Löschung zu ermächtigen und die Beklagten zur Vorauszahlung der durch die Vornahme der Handlung entstehenden Kosten im Gesammtbetrage von 2000 M. an sie zu verurtheilen.

In Abänderung der ersten abweisenden Entscheidung hat der jetzt angefochtene Beschluß diesem Antrage entsprochen.

Auf die dagegen eingelegte weitere Beschwerde der Beklagten mußte, wie geschehen, befunden werden.

Es ist dem Vorderrichter darin beizutreten, daß die Verpflichtung, eine eingetragene Post zur Löschung zu bringen, nicht zu den Handlungen gehört, welche an sich der Vornahme durch einen Dritten,

wie sie im § 773 C.P.O. vorgesehen ist, entzogen sind, und daß dies auch dann nicht der Fall, wenn zur Herbeiführung der Löschung vorher die Befriedigung des eingetragenen Gläubigers erforderlich wird. Denn der Regel nach ersetzt bei allen Handlungen, welche der Schuldner auf Grund seiner Vollmacht durch einen Andern ausführen lassen kann, die vom Gericht zu ertheilende Ermächtigung die Stelle dieser Vollmacht. Die Beklagten haben aber den bestrittenen Einwand erhoben, das Dokument über die eingetragene Post sei verloren. Mit Unrecht hat der Vorderrichter diesen Einwand an sich für unerheblich erachtet mit dem Bemerken, durch die den Klägern zur Herbeiführung der Löschung ertheilte Ermächtigung seien dieselben legitimirt, das Aufgebot des angeblich verloren gegangenen Hypothekenbriefes zu betreiben. Denn wenn das auch zugegeben werden möchte, so ist doch damit die Sache nicht erledigt. Nach § 20 des preuß. Ausführungsgesetzes zur C.P.O. vom 24. März 1879 finden auf das hier fragliche Aufgebotsverfahren die Vorschriften der §§ 839—842, 846—848 C.P.O. Anwendung. Nach § 840 daselbst gehört aber zur Begründung des Antrags auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens das Erbieten zur eidlichen Versicherung der Wahrheit der Angaben des Antragstellers und nach § 25 des angezogenen Ausf.-Ges. auf Erfordern des Richters die Leistung des Eides. Weder das eine noch das andere kann durch einen Bevollmächtigten geschehen, es kann also dazu auch richterliche Ermächtigung für einen Dritten nicht ertheilt werden.

Schon aus diesem Grunde mußte der Vorderrichter den in Rede stehenden Einwand zur Instruktion ziehen und von dem Resultate derselben seine Entscheidung abhängig machen.

Nr. 9.

Unterschied zwischen der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, und einen Gläubiger zu begünstigen.

R.K.O. § 24 Nr. 1.

(Urtheil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 10. November 1887 in Sachen der R.'schen Konkursmasse, Klägerin, wider L., Beklagten. VI. 212/87.)

Die Revision der Klägerin wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Marienwerder ist zurückgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Wenn die Revision dem Vorderrichter vorwirft, bei der Beurtheilung des zweiten Anfechtungsgrundes einerseits den § 24 Nr. 1

R.K.O. und andererseits den § 259 C.P.O. verletzt zu haben, so können diese Vorwürfe für begründet nicht erachtet werden.

Das Berufungsgericht sieht, in Uebereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts, die zur Anwendung des § 24 Nr. 1 a.a.O. erforderliche Benachtheiligungsabsicht dann als gegeben an, wenn der Gemeinschuldner das Bewußtsein hat, es müsse die von ihm vorgenommene Rechtshandlung nothwendig oder wenigstens mit aller Wahrscheinlichkeit, d. h. dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nach eine Benachtheiligung seiner Gläubiger zur Folge haben. Daß dem Gemeinschuldner R., welcher seine Lage und seine große Schuldenlast kannte, dieses Bewußtsein bei der Pfändung vom 8. Mai 1882 inne gewohnt hat, erklärt das Gericht für nicht ausgeschlossen. Es führt aber weiterhin aus, es lasse sich aus den von der Klägerin behaupteten Thatsachen in Verbindung mit der Gesammtlage der Sache nicht der Schluß ziehen, daß der Beklagte von diesem Bewußtsein des R. Kenntniß gehabt habe; denn nirgends sei behauptet, daß der Beklagte etwa gewußt, welche Schuldenlast der Gemeinschuldner zur Zeit der Pfändung gehabt hat; möchte sich aber auch der Beklagte bewußt gewesen sein, eine Sicherung zu erhalten, welche er nicht zu beanspruchen hatte, so sei doch die vom Gesetze verlangte Kenntniß (der Absicht?), einen Gläubiger zu benachtheiligen, nicht identisch mit (der Kenntniß?) der Absicht, einen Gläubiger zu begünstigen.

In diesen Erwägungen läßt sich eine materielle Gesetzesverletzung nicht erkennen.

Daß die Absicht, einen Gläubiger zu begünstigen, mit der in § 24 Nr. 1 a. a. O. bezeichneten Benachtheiligungsabsicht nicht durchaus gleichbedeutend, ist von dem Reichsgerichte schon früher dargethan (Entscheidungen in Civilsachen Bd. 11 S. 377) und in den Motiven zur Konkursordnung mehrfach ausdrücklich hervorgehoben. (Vergl. Mot. S. 122, 124, 125, 130.) Beide Absichten werden allerdings in vielen Fällen mit einander verbunden sein und namentlich stets dann zusammenfallen, wenn der Schuldner sich bewußt ist, daß die Begünstigung eines Gläubigers ohne eine Benachtheiligung der übrigen nicht zu erreichen, daß mit anderen Worten die zum Zwecke der Begünstigung eines Gläubigers vorgenommene Rechtshandlung nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge eine Verringerung der Befriedigung der übrigen Gläubiger zur Folge haben und die Exekutionsbefugniß der letzteren beeinträchtigen müsse. (Vergl. Ent-

scheidungen in Civilsachen Bd. 9 S. 75, Bd. 10 S. 8, 9, Bd. 11 S. 175/76.) Wo aber der Schuldner bei der Begünstigung der Meinung war und sein konnte, daß das ihm zur freien Verfügung verbleibende Vermögen zur vollen Befriedigung seiner sonstigen Gläubiger ausreiche, und daß keiner derselben in seiner Exekutionsbefugniß eine Beeinträchtigung erleiden werde, wird trotz des Vorhandenseins der Begünstigungsabsicht die Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, ausgeschlossen erscheinen müssen. Ist danach die rechtliche Möglichkeit nicht in Abrede zu stellen, daß dem Beklagten zwar die Begünstigungsabsicht, aber nicht die Benachtheiligungsabsicht des Gemeinschuldners bekannt war, so durfte das Oberlandesgericht auch, ohne den § 24 Nr. 1 R.K.O. zu verletzen, die Kenntniß des Beklagten von der Benachtheiligungsabsicht verneinen, wenn es, was die Urtheilsgründe ergeben, zu der Annahme gelangt war, daß der Beklagte die Vermögenslage und die Schuldenverhältnisse des R. zur Zeit der Pfändung nicht kannte und deshalb glauben konnte, R. besitze ausreichende Befriedigungsobjekte für seine etwa sonst noch vorhandenen Gläubiger.

Literatur.

1.

Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Auf der Grundlage des Werkes von Dr. Franz Förster, bearbeitet von Dr. M. E. Eccius, Oberlandesgerichts-Präsident. IV. Band. Fünfte Auflage. (Zweite der neuen Bearbeitung.) Berlin 1888. Druck und Verlag von Georg Reimer. XXIV u. 836 S. gr. 8. (4 Bde. cpl. M. 48,—.)

Mit dem vorliegenden Band ist die neue Bearbeitung des angezeigten Werkes zum Abschluß gebracht. In dem kurzen Vorwort ist darauf hingewiesen, daß dieser Band schon in der vorigen Auflage selbständiger bearbeitet und daher gegenwärtig keiner so eingreifenden Umgestaltung unterzogen worden ist, wie die vorhergehenden Bände. Gleichwohl ist leicht erkennbar, daß der Herausgeber es auch hier an neuer Arbeit nicht hat fehlen lassen, und daß die hinzugekommene Literatur und Rechtsprechung überall sorgfältig berücksichtigt sind. Mit Recht ist der Herausgeber über die Aufnahme erfreut, die seine Arbeit gefunden hat; aber es darf ihm auch die preußische und deutsche Jurisprudenz Dank dafür wissen, daß er durch seine Thätigkeit dem Förster'schen Werke neue Lebenskraft verliehen hat. Wie lange oder kurze Lebensdauer dem auf der Grundlage des Allgemeinen Landrechts aufgebauten preußischen Privatrecht noch beschieden ist, wer vermöchte es in diesem Augenblick zu sagen. Referent wünscht von

Herzen, daß sich in Bezug auf den Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches trotz aller Bedenken das Dichterwort bethätigen möge: „der Wille will und die Kraft ist bereit.“ Immerhin dürfte der Herausgeber nicht fehl gehen, wenn er annimmt, daß auch im günstigsten Fall das Inslebentreten des Gesetzbuches mit der Säkularfeier der Geltung des preußischen Landrechts ziemlich zusammenfallen werde. Die Arbeit des Herausgebers hat daher noch eine Reihe von Jahren vor sich, in denen sie sich fruchtbringend erweisen kann. Aber auch wenn wir demnächst ein deutsches Gesetzbuch besitzen werden, wird ihm ein ehrenvoller Platz in der vaterländischen Rechtsliteratur gesichert sein.

Bemerkt mag noch werden, daß dem Schlußband ein gutes über das Gesammtwerk sich erstreckendes Sachregister, vom Gerichtsassessor Förster und Referendar Rassow angefertigt, beigefügt ist. Behrend.

2.

Zur Lehre von den Pertinenzen. Von Professer Dr. J. Kohler in Würzburg. (Separat-Abdruck aus Ihering's Jahrbüchern für die Dogmatik d. h. r. u. d. R. Bd. 26 N. F. 14). Jena, Gustav Fischer, 1887.

Wir waren durch anderweite Arbeit bisher verhindert, unsere Leser auf die interessante, auch das preußische Recht eingehend berücksichtigende Schrift aufmerksam zu machen. Der Verfasser geht davon aus, daß das römische Recht den Pertinenzbegriff nur unvollkommen entwickelt, und den Unterschied zwischen Pertinenzen und Sach (Substanz) -theilen nicht durchgeführt hat. Die Römer gebrauchten den Ausdruck portio aedium und bezeichneten damit beide Begriffe. Es wird dies dadurch erklärlich, daß im römischen Recht die Pertinenzen seltener als bei uns waren, und daß mithin die Unterscheidung sehr an Bedeutung verlor. Auch die neueren Gesetzgebungen haben die Unterscheidung zwischen Sachtheilen und Pertinenzen nicht klar gelegt. Der Grund liegt nach Ansicht des Verfassers wenigstens für das altdeutsche und altfranzösische Recht darin, daß das Hauptinteresse der Praxis die Frage betraf, welche Gegenstände mit der Veräußerung auf den Käufer übergingen, und welche der Veräußerer zurückbehalten durfte, und daß in dieser Beziehung sich Sachtheile und Pertinenzen ziemlich gleichstanden. Um so dankenswerther erscheint es, daß der Verfasser die grundlegenden Prinzipien für beide Rechtsinstitute unter stetem Hinweis auf die in Deutschland, Frankreich, England und anderen Staaten geltenden Rechte entwickelt, und die Normen, nach welchen sie im Rechtsleben zu behandeln sind, dargestellt hat. Es ist schwer, den reichen Inhalt der Abhandlung in kurzer Skizze vor Augen zu führen. Kap. II enthält nähere Angaben darüber, was nach röm. Recht zu den Pertinenzen gerechnet wurde, Kap. III, was als Sachtheil galt. Dann wendet sich der Verfasser zu der Begrenzung beider Rechtsbegriffe in ihren Wirkungen. Der Theil geht in die Hauptsache auf, er verliert seine Individualität, er hat als solcher keine rechtliche Stellung mehr, er wird von der rechtlichen Stellung des Ganzen mitergriffen. Die Pertinenz dagegen behält ihre selbständige Sachqualität,

sie steht aber zu der Hauptsache in einer Beziehung, kraft welcher die rechtlichen Schicksale dieser anderen Sache auch sie ergreifen. Daß diese Rechtsfolge nicht allein auf den Willen der Parteien zurückgeführt werden kann, daß sich vielmehr ein sachenrechtliches, dingliches Institut darin manifestirt, das Folgen herbeiführt, welche von der Absicht, von der Erwägung, ja von der Intention der Parteien unabhängig sind, hat der Verfasser schon an früherer Stelle ausgeführt. Er verwirft dann weiter die in der französischen Jurisprudenz vertretene Ansicht, daß allein der physische Zusammenhang über Theil- und Pertinenzqualität entscheidet. Nach seiner Ausführung ist Theil des Immobile Alles, was mit demselben in physischer Verbindung steht, und dazu dient, dasselbe, und zwar nicht bloß den Grund und Boden, sondern auch das darauf errichtete Haus zu vervollständigen und seine begriffliche Bestimmung zu sichern. Die Pertinenzqualität beruht dagegen auf realen, von der subjektiven Willkür des dominus unabhängigen Zweckbeziehungen. Der dominus kann keine Pertinenzen schaffen, wo die objektive Voraussetzung, wo die Zweckbeziehung der Sache nicht vorliegt. Daher erkennt der Verfasser nur gesetzliche, nicht auch gewillkürte Pertinenzen an. (Vgl. Entsch. R.G. XV. S. 216.) Im VI. Kapitel folgt die Erörterung über das Trennungsrecht. Da Theile dem Schicksal der Hauptsache folgen, so können sie nicht mehr Objekte eines davon verschiedenen Sonderrechts sein. Dagegen kann ein Trennungs- und ein Rückfallsrecht bestehen. Die Untersuchungen über die Natur und die Bedingungen dieser beiden Rechtsinstitute und die Einwirkungen des Grundbuchrechts auf dieselben gehören zu den interessantesten und u. E. gelungensten Partien der Abhandlung. Namentlich tritt die Frage uns entgegen, ob und in welchen Fällen das Trennungsrecht auch gegen den dritten Eigenthümer der Hauptsache, oder gegen den Pfandgläubiger geltend gemacht werden könne? Der Fall, daß ein Handwerker sich an Oefen, Thüren, Fenstern, Gesimsen eines Neubaues, oder daß ein Fabrikant das Eigenthum an Maschinen, welche mit dem Maschinenhause fest verbunden werden, bis zur Befriedigung vorbehält, tritt sehr häufig ein, und die Praxis ist vielleicht mehr, als der Verfasser glaubt, dazu geneigt, die Trennung der gelieferten Sachen durch deren früheren Eigenthümer bei der Kollision mit Pfandrechten zu gestatten. Der Verfasser will die dingliche Wirksamkeit eines derartigen Vertrages von den Vorschriften der Grundbuchgesetze abhängig machen, hält jedoch für nöthig, daß er in das Grundbuch eingetragen oder dem Erwerber bez. dem Hypothekengläubiger bekannt war. Nach preuß. Hypothekenrecht will uns dies bedenklich erscheinen. Wo soll der Vorbehalt eingetragen werden? In Abtheilung I gewiß nicht, da das Sondereigenthum an den Theilen durch die Verbindung mit der Hauptsache weggefallen ist, und dem Lieferanten ein Eigenthum an der Hauptsache nicht zusteht. Auch Abtheilung II kommt nicht in Frage, da es sich weder um eine Beschränkung des Verfügungsrechts des Eigenthümers, noch um ein dingliches Recht an der Hauptsache handelt. Eine Hypothek oder Grundschuld endlich liegt keinesfalls vor. Wir meinen, auch nach dem Grundbuchrecht läßt sich die Konsequenz nicht abweisen, daß der Theil lediglich dem Recht der Hauptsache unterworfen ist,

eine, wie der Verfasser an anderer Stelle sagt, selbst gegen den Willen der Parteien eintretende Wirkung. Der frühere Eigenthümer des Theiles kann deshalb Rechte, welche ihm wegen der Aufgabe des Eigenthums an den Eigenthümer der Hauptsache zustehen, nur als reale Verpflichtungen dieser (ganzen) Sache sicherstellen lassen. Eine Verpflichtung, die Trennung der Sache zu gestatten, und ein Recht des früheren Eigenthümers, den Theil zurückzunehmen oder sich aus demselben zu befriedigen, läßt sich u. E. in das preußische Grundbuchsystem nicht einreihen. Dem Theileigenthümer bleibt als Mittel, sich reale Deckung zu verschaffen, nur der Weg, seine Geldforderung als Hypothek eintragen zu lassen, sofern er hierzu nach Gesetz oder Vertrag berechtigt ist.

Ganz anders verhält es sich, wie der Verfasser richtig bemerkt, mit den Pertinenzen. Da sie ihre Selbständigkeit nicht verlieren, so sind an ihnen auch besondere dingliche Rechte denkbar. Voraussetzung zur Herstellung der als Pertinenzverhältniß zu bezeichnenden sachenrechtlichen Verbindung ist, daß demjenigen, welcher die Verbindung vornimmt, das Eigenthum sowohl an der Hauptsache als an der Hülfssache zusteht. Bewirkt ein Dritter die Verbindung für den Eigenthümer der Hauptsache, so tritt dieselbe Folge ein. Andernfalls ändert die Verbindung nichts an den Eigenthumsverhältnissen. Daraus folgert der Verfasser den Rechtssatz, daß die Schicksale der Hauptsache die Pertinenz nur salvo jure tertii treffen. Dieser Satz wird, namentlich mit Berücksichtigung hypothekarischer Rechte in seinen Konsequenzen näher entwickelt. Namentlich werden die Fragen erörtert, in wieweit Pertinenzen nach den geltenden Rechtssystemen in Deutschland und Frankreich als solche gepfändet werden können (pr. Subh.O. v. 13. Juli 1883 § 206), und inwiefern die Hypothek künftige Pertinenzen ergreift. Es wäre uns interessant gewesen, wenn der Verfasser auf folgenden in der Praxis sehr häufig vorkommenden Fall eingegangen wäre. Vielfach gehören Pertinenzen eines zwangsweise versteigerten Grundstücks oder Gebäudes Dritten. Die pr. Subh.O. v. 1883 § 40 Nr. 9 schreibt vor, die Bekanntmachung des Versteigerungstermins müsse eine Aufforderung an diejenigen enthalten, welche das Eigenthum des Grundstücks beanspruchen, vor Schluß des Termines die Einstellung des Verfahrens herbeizuführen, widrigenfalls nach erfolgtem Zuschlag das Kaufgeld in Bezug auf den Anspruch an die Stelle des Grundstücks tritt. Wird nun die Einstellung des Verfahrens von dem Eigenthümer der auf dem Grundstück befindlichen Pertinenzen nicht erreicht, so entsteht die Frage, ob unter den Ausdruck: „Grundstück“ auch die dazu gehörigen Pertinenzen fallen, und ob also dem Eigenthümer derselben sein Eigenthum (zum Nachtheil des Erstehers) erhalten bleibt, oder ob er es durch den Zwangsverkauf zwar verliert, sich aber (zum Nachtheil der Hypothekarier) an das Kaufgeld halten kann. Der Ansicht des Verfassers scheint die erstere Alternative zu entsprechen. In demselben Sinne hat sich auch die Doktrin überwiegend ausgesprochen. Vom Reichsgericht ist jedoch die zweite Alternative aus den Bd. XIX. S. 321 der Entsch. in Civ.S. entwickelten Gründen adoptirt.

Der Verfasser erörtert weiter die Bedingungen für Auflösung der

Pertinenzqualität, und billigt den Standpunkt des preußischen Rechts, daß die rechtliche Scheidung der Pertinenzen dem Pfandgläubiger nicht präjudiziren könne, wenn sie nicht zugleich mit einer faktischen Trennung verbunden ist. Unter den nunmehr folgenden Ausführungen darüber, was nach moderner Rechtsanschauung zu den Pertinenzen zu rechnen sei, verweisen wir namentlich auf die für die Praxis wichtige Erörterung, ob Eigenthums- oder Hypothekenurkunden zu den Pertinenzen gehören? (S. 124 ff.) Dann folgen Mittheilungen über fremde Rechte, die deutsche gemeinrechtliche Praxis, das preußische Recht (S. 158 ff.) und andere deutsche Gesetzgebungen. Auch die Fragen über Pertinenzen von Kirchen und Bergwerken werden besonders behandelt.

Der Verfasser schließt mit den Bemerkungen, daß in Folge der Fortschritte unserer Industrie das Pertinenzinstitut immer größere Dimensionen annimmt, und daß seine Berührung mit dem praktischen Leben immer fruchtbarer und wichtiger für den Volkswohlstand, die nationale Wirthschaft und das Gedeihen der nationalen Zwecke wird. Die wirthschaftlichen Interessen dürfen dem Recht nicht fremd bleiben; das Recht hat zu wahren und zu fördern, was zur menschlichen Größe und zur Kraft des menschlichen Daseins gehört. Von diesem Standpunkt aus, sagt der Verfasser, hat das Recht auch das Pertinenzeninstitut zu behandeln und zu entwickeln, nicht von dem atomisirenden Gesichtspunkt aus, welcher Alles in den Willen, in die Absicht, in die Willkür des Einzelnen legt. Es würde den Postulaten unserer heutigen Kultur nach Ansicht des Verfassers am besten entsprechen, wenn die Gesetzgebung auf den vom französischen und preußischen Recht bezeichneten Bahnen fortwandelte.

Hat der Entwurf eines bürgerl. G.B. für das deutsche Reich diesen Wunsch des Verfassers erfüllt? Seine Abhandlung wird in den Motiven nicht erwähnt. Es scheint deshalb, daß sie zu spät erschienen ist, um noch Berücksichtigung zu finden. Wir vermuthen, daß der Verf. sich eine genaue Kritik der Vorschriften des Entwurfs über Bestandtheile und Zubehör nicht entgehen lassen wird, und beschränken uns auf folgende Bemerkungen. Im § 782 wird der Begriff des wesentlichen Bestandtheils einer Sache dahin bestimmt, daß die Trennung eine Zerstörung oder Wesensveränderung des Bestandtheils zur Folge haben muß. Die §§ 783 ff. geben spezielle Vorschriften, was zu den Bestandtheilen von Grundstücken oder Gebäuden gehört. Nach § 789 sind Zubehör einer Sache diejenigen beweglichen Sachen, welche, ohne Bestandtheile der Hauptsache zu sein, derselben bleibend zu dienen bestimmt und in ein dieser Bestimmung entsprechendes äußeres Verhältniß zur Hauptsache gebracht sind, es sei denn, daß nach der Verkehrssitte eine solche Sache nicht als Zubehör angesehen wird. Die §§ 790, 791 enthalten die Rechtsgrundsätze vom Zubehör und einzelne Beispiele desselben. Das A.L.R. (I. 2 §§ 4, 5) hatte das Kriterium der Substanzeigenschaft darin gesetzt, daß die Hauptsache ohne die Theile das nicht sein kann, was sie sein soll. Wenn also die Trennung bewirkte, daß die Hauptsache zur Erfüllung ihres begrifflichen Zwecks ungeeignet wurde, so bestand zwischen den vereinigten Sachen das Verhältniß von Hauptsache und Theil. Der

Grund, weshalb dieser auch mit anderen Rechten übereinstimmende Standpunkt verlassen ist, wird nicht angegeben. Die Motive (Bd. III. S. 41 Nt. 2) bemerken nur, daß die wesentlichen Substanztheile des Entwurfs sich mit den Substanztheilen des A.L.R. nicht decken. U. E. erscheint die Bestimmung des Entwurfs bedenklich. Die Folge derselben würde sein, daß Thüren, Fenster, Verzierungen, ja selbst Balken eines Hauses nicht zu den Theilen desselben zu rechnen sind, sobald deren Trennung bewirkt werden kann, ohne daß diese Gegenstände zerstört oder in ihrem Wesen verändert werden. Ob das Haus selbst dadurch zu einer Ruine wird, entscheidet nichts. Daß § 783 Abs. 2 des Entwurfs den Begriff von wesentlichen Bestandtheilen habe ändern wollen, läßt sich kaum annehmen. Es dürfte u. E. geboten sein, zu prüfen, ob der Begriff nicht weiter, und zwar mit Rücksicht auf den Einfluß der Trennung auf die Gesammtsache zu fassen sei.

Die Definition von Pertinenzen in § 789 des Entwurfs sagt nichts darüber, wer die Bestimmung über das dienende Verhältniß des Zubehörs treffen kann. Das A.L.R. (I. 2 §§ 60, 108) enthält den Grundsatz, daß Alles, was seiner Natur nach ein Pertinenzstück ist, diese Eigenschaft nicht hat, sobald es einem Andern, als dem Eigenthümer der Hauptsache gehört. Wie oben bemerkt ist, vertritt Kohler die Richtigkeit dieser Rechtsregel ganz allgemein. Man könnte vielleicht annehmen, daß auch der Entwurf auf demselben Standpunkt steht und es nur nicht für erforderlich gehalten hat, die Regel ausdrücklich auszusprechen. Die Motive (Bd. III. S. 62) bemerken jedoch:

> Wenn einmal die Erfordernisse des Zubehörbegriffs vorhanden sind, so kommt es nicht darauf an, ob der Eigenthümer der Hauptsache zugleich Eigenthümer der Nebensache ist. In dem preuß. A.L.R. I. 2 §§ 60, 108 wird freilich den nicht dem Eigenthümer der Hauptsache gehörenden Gegenständen die Pertinenzeigenschaft abgesprochen. Allein dies folgt nicht aus dem Zubehörbegriffe, da nichts entgegen steht, daß auch ein Anderer als der Eigenthümer die zur Herstellung des Zubehörverhältnisses erforderliche Absicht haben kann.

Der Schlußsatz und die Verweisung auf das A.L.R. lassen kaum einen Zweifel darüber, daß der Verfasser der Motive es für ausreichend erachtet, wenn das Dienstverhältniß der Pertinenz zur Hauptsache auch durch einen Andern als den Eigenthümer der Hauptsache hergestellt wird. Das trifft zu, wenn der Andere im Auftrage des Eigenthümers der Hauptsache oder für diesen handelt. Ist das nicht der Fall, sondern bewirkt er die Pertinenzirung im Interesse eines ihm zustehenden Nutzungsrechts an der Hauptsache, oder aus anderen Gründen, welche eine Rechtshandlung für den Eigenthümer ausschließen, so entsteht keine Pertinenz im rechtlichen Sinne, und die für solche im § 790 aufgestellte Regel findet auf die in der früheren preußischen Praxis mit dem Ausdruck „thatsächliche Pertinenzen" bezeichneten Gegenstände keine Anwendung. Ob die Judikatur das durch die angeführte Bemerkung in den Motiven hervorgerufene Bedenken über-

winden und im § 789 den u. E. richtigen Grundsatz ausgedrückt finden würde, dürfte nicht unbedenklich sein.

Wir beschränken uns auf diese Aeußerungen und sprechen unsere Hoffnung aus, daß die verdienstliche Kohler'sche Abhandlung bei der zweiten Lesung des Entwurfs die gebührende Berücksichtigung finden werde.

Rassow.

3.

Die geltenden Verfassungsgesetze der evangelischen deutschen Landeskirchen. Von Friedberg. Freiburg i. B. 1888. J. C. B. Mohr.

Entgegen der katholischen Kirche ist die evangelische Kirche noch entfernt nicht zu einer abschließenden Verfassungsbildung gelangt. Alles ist hier noch im Flusse begriffen und das Endziel — wer vermöchte es im Voraus zu bestimmen?

Trotzdem das umfangreiche Werk Friedberg's: „Die geltenden Verfassungsgesetze der evangelischen deutschen Landeskirchen" erst im Jahre 1885 erschienen ist, hat sich bereits ein 202 Seiten starker Ergänzungsband nothwendig gemacht. Den größten Raum in demselben beansprucht Preußen. Hier waren namentlich diejenigen Erlasse und Gesetze zum Abdrucke zu bringen, welche sich auf die Errichtung eines Provinzialkonsistoriums für die Provinz Westpreußen und auf die Theilung des Provinzialsynodalverbandes für Ost- und Westpreußen beziehen. Eine bedeutsame kirchliche Weiterentwickelung hat ferner im ehemaligen Kurfürstenthum Hessen stattgefunden (Presbyterial- und Synodal-Ordnung vom 16. Dezember 1885; Staatsgesetz vom 19. März 1886).

Wer durch seinen Beruf gezwungen ist, sich praktisch oder theoretisch mit dem evangelischen Kirchenrechte zu beschäftigen, kann dem Verfasser nicht Dank genug dafür wissen, daß er sich der mühsamen Arbeit unterzogen hat, das zerstreute und schwer zugängliche verfassungsrechtliche Material zu sammeln und mit trefflich orientirenden Einleitungen versehen herauszugeben.

Wir haben daher den ersten Ergänzungsband der Verfassungsgesetze mit besonderer Freude begrüßt. S.

4.

Das Recht der Gewährleistung beim Thierhandel auf Grundlage des gemeinsamen Gesetzes: Die Gewährleistung bei einigen Arten von Hausthieren betr. für Baden (23. April 1859 bezw. 16. August 1882) Württemberg (26. Dezember 1861) und Hohenzollern (5. Juni 1863) und unter vergleichender Berücksichtigung der Nachbarrechte. Von Dr. Max Hachenburg, Rechtsanwalt am Großherzoglichen Landgericht in Mannheim. Mannheim 1888. Druck und Verlag von J. Bensheimer. (M. 6,—.)

Das Werk (310 Seiten) ist zunächst der Gesetzgebung von Baden, Württemberg und Hohenzollern gewidmet, enthält aber zugleich den Abdruck

der diesbezüglichen Gesetze folgender Länder: Elsaß-Lothringen, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Gotha, Schweiz, Großh. Hessen, Bayern, Frankfurt, Kurfürstenthum Hessen. Das Werk hat aber zugleich eine Bedeutung, welche weit über die Grenzen seines Geltungsgebietes hinausgeht; dasselbe behandelt nämlich gewissermaßen im Anschluß an die württembergische, badische und hohenzollernsche Gesetzgebung überhaupt das Recht der Gewährleistung beim Thierhandel und zwar unter Berücksichtigung der deutschen und französischen Literatur und zwar in sehr eingehender und sachgemäßer Weise in folgenden drei Abtheilungen: 1. die gesetzlichen Mängel der Gewährleistung (21 Paragraphen), 2. die besondere Zusage, 3. der Betrug.

Um nur einen Punkt herauszugreifen, mag hier die Stellung des Verfassers zu der Frage erörtert werden, ob im Falle der besonderen Zusage dieselbe Verjährung eintritt, wie bei der gesetzlichen Haftung. In dieser Hinsicht heißt es auf S. 248: „Einen eigentlichen Klaggrund giebt allerdings ein Viehmangel nie ab; allein er ist dessen Entstehungsursache. Und überall, wo diese vorwaltet, ist das legislatorische Motiv für beide Fälle, ob der Mangel kraft Gesetzes oder ob er kraft Vertrages erheblich sei, dasselbe. Vgl. Wach, Handbuch § 29 S. 355". Scherer.

5.

Die civilrechtliche Gründerverantwortlichkeit nach deutschem Aktienrecht. Von Richard Schmidt. München, Theodor Ackermann, königl. Hofbuchhändler. 1888. (M. 2,—.)

Der erste Abschnitt dieser Schrift behandelt die Haftungen aus der Gründung im Allgemeinen, das berechtigte Subjekt und den Kreis der verantwortlichen Personen, die Stellung der Haftung im Rechtssystem und die Schadensersatzansprüche einzelner Aktionäre gegenüber der gesetzlichen Gründerverantwortlichkeit. Der zweite Abschnitt erörtert die Haftung aus den Gründungen im Einzelnen, namentlich die Haftung der Gründer, der Gründergenossen, der Emissionshäuser, des ersten Vorstandes und Aufsichtsrathes. Der dritte Abschnitt betrifft die Geltendmachung der Haftung, der vierte die Verjährung der Gesellschaftsansprüche, der fünfte die Prüfung von Gründungsvorgängen und der sechste den Schutz vor Umgehung der Haftungen aus der Gründung. Rassow.

6.

Der Begriff „Bergrecht" im objektiven Sinne. Von Dr. G. H. Wahle, Bergamtsrath und Professor des Bergrechts an der K. S. Bergakademie zu Freiberg i. S. Freiberg, Verlag von Craz & Gerlach. (M. 2,—.)

Die vorliegende Schrift behandelt ihren Gegenstand in drei Abschnitten: einem „logischen", einem „historischen" nnd einem „positiven" Theil. In dem ersten Theile wird der Begriff des Bergrechts abstrahirt aus den zu Grunde liegenden Begriffen: Recht und Bergbau. Dabei unterscheidet der Verfasser solche Rechtsregeln, welche für den Bergbau, gleichermaßen aber auch für andere Rechtsverhältnisse gelten, von solchen, welche speziell den Bergbau betreffen, und trennt diese wieder in solche Regeln, welche auf

die Grundsätze des allgemeinen Rechts sich zurückführen lassen, und solche, welche zu diesen in einem Gegensatze stehen. Aus diesen Verschiedenheiten ergiebt sich der Begriff des Bergrechts im weiteren, im engeren und im engsten Sinne. (Bergrecht als Ausnahmerecht.)

Der zweite Theil beschäftigt sich mit der historischen Entwickelung des Bergrechts als Sonderrecht auf dem Boden des Bergregals und der Bergbaufreiheit; der dritte Theil endlich legt das Verhältniß der geltenden Berggesetze in den verschiedenen Ländern, sowie der Aufgabe künftiger Gesetzgebung zu den im ersten Abschnitt gewonnenen Begriffsbestimmungen dar.

Die ganze Schrift trägt den Karakter einer wissenschaftlichen Einleitung zu einer systematischen Darstellung des Bergrechts und erscheint als solche namentlich geeignet, denjenigen, der in das spezielle Studium des Bergrechts eintreten will, in dieses Gebiet einzuführen. B.

7.

Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen. Mit Kommentar in Anmerkungen herausgegeben von Dr. G. v. Wilmowski und M. Levy. Fünfte verbesserte Auflage. 2 Bände. Berlin 1888. Verlag von Franz Vahlen. (Geheftet M. 25,—; gebunden M. 30,—.)

Die neue (fünfte) Auflage des Wilmowski-Levy'schen Kommentars, welche nunmehr vollendet vorliegt, steht durchaus auf der Höhe der früheren. Die Verfasser haben die Entwickelung der civilprozessualischen Literatur und die Praxis der Gerichte, insbesondere des Reichsgerichts, auf das Genaueste im Auge behalten. Auf jeder Seite findet man den Beweis, daß die eigenen Ansichten der Verfasser an der Hand des so Gebotenen sorgfältiger Nachprüfung und nicht selten einer bessernden Rechtstellung unterzogen sind. Der Kommentar wird deshalb auch in dieser neuen Gestalt sicher an Beliebtheit nicht einbüßen, und sein großer Einfluß auf die Gestaltung einer gesunden civilprozessualischen Praxis wird erhalten bleiben.

Zur Anzeige des Buchs bedarf es keiner weiteren Worte; ich benutze indessen die Gelegenheit dieser Anzeige, um auf einige prozeßrechtliche Fragen zurückzukommen.

1. Ein Gegenstand, der in der Praxis ebenso wie in der Literatur bisher nicht genügende Beachtung gefunden hat, ist die Vorschrift des § 76 Abs. 1 der C.P.O., nach welcher der Prozeßbevollmächtigte seine Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen *und diese zu den Prozeßakten abzureichen* hat. Im Anwaltsprozeß wird diese Bestimmung in ihrem letzten Theil fast regelmäßig unbeachtet gelassen, obgleich sie eine ausnahmslose Ordnungsvorschrift ist, die völlig unabhängig von der Frage, ob die Prüfungspflicht des Richters nach § 84 eingreift, befolgt werden müßte. Anscheinend verhindert die kleinliche Rücksicht auf Ersparung der Stempelgebühren in vielen Fällen die Ausstellung einer förmlichen Vollmacht überhaupt, oder die ausgestellte Vollmacht wird nicht abgegeben, um der Stempelstrafe zu entgehen. *Reichensperger*, auf dessen Antrag die Bestimmung von der Reichstagskommission in das Gesetz aufgenommen ist,

hat diesen Antrag dadurch begründet, daß der Prozeßgegner gegen den späteren Einwand sicher gestellt werden müsse, daß er mit einem falsus procurator prozessirt habe (Prot. S. 541 [776]); dem obsiegenden Theil müsse die Vollmacht des Gegners stets zugänglich sein (Prot. S. 659), stets — also auch dann, wenn er im Laufe des Rechtsstreits den Mangel der Vollmacht zu rügen versäumt hat, und insbesondere zur Abwehr der Nichtigkeitsklage, die ja auf den Mangel der Prozeßvollmacht des angeblichen Pozeßbevollmächtigten gegründet werden kann. In welcher Weise soll der Behauptung des Nichtigkeitsklägers, der Anwalt habe ohne Vollmacht gehandelt, begegnet werden, wenn die Vollmacht sich nicht bei den Akten befindet? Man braucht sich die Sachlage nur weiter auszumalen. Auch die Handakten des Anwalts, die vielleicht eine Vollmacht, vielleicht wenigstens Erklärungen der Partei enthielten, die eine Vollmacht ersetzen konnten, sind nicht mehr bei dem Anwalt. Er hat sie vernichtet, da sie durch die Partei nicht von ihm zurückgenommen wurden. Nicht einmal das Indiz der Zurücknahme der Akten spricht deshalb gegen die Partei. Der Anwalt aber kann sich der Lage der einzelnen Sachen nicht mehr erinnern, ist vielleicht gestorben. Gerade solchen Weiterungen soll die Abgabe der Vollmacht zu den Akten vorbeugen, und meines Erachtens muß dem Anwalt, welcher der positiven Vorschrift des Gesetzes zuwider die Abgabe der Vollmacht unterläßt, pflichtwidriges Verhalten zur Last gelegt werden.

Es kommt dazu, daß die Abgabe der Vollmacht das Verfahren in denjenigen Stadien erleichtert, in denen auch während des Anwaltsprozesses das Gericht den Mangel der Vollmacht nach § 84 Abs. 2 von Amtswegen zu berücksichtigen hat. Vor dem ersuchten Richter will der Anwalt durch einen Substituten einer Zeugenvernehmung beiwohnen. Der Substitut kann sich auch über den ihm ertheilten Auftrag ausweisen, besitzt aber die Vollmacht des Substituenten nicht, und diese findet sich nicht bei den Akten; dann hat der ersuchte Richter den Substituten zurückzuweisen, und der Umstand kann daran nichts ändern, daß der ersuchende Richter angegeben hat, daß die Partei durch den Anwalt X. als Prozeßbevollmächtigten vertreten werde. Denn diese Mittheilung beruht nur auf der Thatsache, daß X. als angeblicher Prozeßbevollmächtigter aufgetreten ist, nicht daß er sich als solcher legitimirt hat. W. und L. kann deshalb nicht beigestimmt werden, wenn sie S. 139 ausführen, sachgemäß werde solchenfalls und bei Anträgen zum Zwecke der Zwangsvollstreckung der Vermerk des ersuchenden Richters oder der Vermerk des Urtheils, das X. als Prozeßbevollmächtigten der Partei aufführt, zur Legitimation des X als genügend angesehen werden. Gerade weil der Prozeßrichter den Vollmachtspunkt zu prüfen keinen Anlaß hat, wäre es verkehrt, aus jenen Vermerken eine Legitimation zu entnehmen. Auch die Anordnung, daß die Namen der Prozeßbevollmächtigten in die Urtheilsausfertigungen aufzunehmen, hat nicht den Zweck, nach dieser Seite hin zu helfen, sondern soll nur dafür eine erleichternde Weisung geben, zu wessen Händen das Urtheil und die etwa einzulegenden Rechtsmittel zuzustellen sind.

Im Zusammenhang mit dem Erörterten steht die Frage, ob vor dem Prozeßgericht von Anwälten, die sich durch Abreichung ihrer Vollmachten dem Gericht nicht legitimiren, ein gerichtlicher Vergleich geschlossen werden kann, dessen eventuell vollstreckbarer Ausfertigung ein Bedenken nicht entgegen zu stellen ist. W. und L. erkennen an, daß der Vergleichschluß keine bloße Prozeßhandlung ist. Aber auch wer diesen Standpunkt nicht theilt, muß hier zweifeln; denn nach klarer Vorschrift steht die Befugniß, den Rechtsstreit durch Vergleich zu erledigen, nicht jedem Prozeßbevollmächtigten zu; vielmehr kann ihm die vorhandene Vollmacht diese Befugniß versagen. Nach dieser Seite giebt es jedenfalls keine Rechtsvermuthung, weder dafür, daß dem Anwalt überhaupt eine Vollmacht ertheilt ist, noch dafür, daß die ertheilte Vollmacht eine unbeschränkte war. Auch ist im Gesetz nur für die Verhandlung des Rechtsstreits als solchen, nicht für die gerichtliche Beurkundung der Beilegung desselben durch den materiellen Rechtsakt des Vergleichs die Prüfung der Vollmacht von Amtswegen ausgeschlossen. Nur die Verhandlung und das richterliche Urtheil ergehen ohne die Nothwendigkeit solcher Prüfung. Der Richter muß es deshalb auch als wirksam ansehen, wenn ihm die Anwälte ohne Vollmacht anzeigen, daß der Prozeß durch einen Vergleich bestimmten Inhalts erledigt sei. Aber den Vergleich als vor Gericht wirksam für die Partei geschlossen zu beurkunden, ist der Richter und Gerichtsschreiber außer Stande, wenn die Einsicht der Anwaltsvollmacht vorenthalten wird. Und wenn die Beurkundung erfolgt, ist sie doch nur die Beurkundung über einen Akt angeblicher Bevollmächtigter, nicht der Parteien. Daß er gegen diese wirksam, hängt vom Vorhandensein der den Vergleich nicht ausschließenden Vollmacht ab. Der Vergleich kann also zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen die Partei nicht anders benutzt werden, als nachdem die Vollmacht beigebracht ist.

2. In noch stärkerem Maße bedarf der Klarstellung die Frage, in welchem Sinn und Umfang eventuelle Klageanträge zuzulassen, und ob bedingt erhobene Widerklagen statthaft sind. Wenigstens scheint mir die Praxis hierin oft zu weit zu gehen, und auch in der Besprechung meiner Bearbeitung des preußischen Privatrechts durch Schollmeyer in Schultzenstein und Vierhaus Zeitschrift B. 12 S. 290, einer Besprechung, für deren freundliche Aeußerungen ich dem Verfasser besonderen Dank schulde, finde ich gegenüber der von mir behaupteten Unzulässigkeit bedingter Klageerhebung die Ausführung, daß an der Zulässigkeit bedingter Klagekumulation, bedingt durch die Abweisung des Klägers mit der primo loco erhobenen Klage, Niemand zweifle. Es wird deshalb eine nähere Erörterung nicht zwecklos scheinen. Auch W. und L. stellen S. 337 den Satz auf, daß zwar eine lediglich bedingte Klage unzulässig, daß es aber zulässig sei, mit dem Hauptantrage eventuelle Anträge zu verbinden, und zwar sowohl für den Fall der Abweisung des prinzipalen Antrags wie für den Fall, daß Beklagter dem zugesprochenen Anspruch nicht genügen werde oder könne. Nicht völlig mit dieser Ausführung im Einklang steht es, daß W. und L. S. 333 eine „eventuelle" Widerklage für den Fall der Verurtheilung des Beklagten auf die Vorklage mit der Deutung zulassen, daß hier nur für

den Fall der entgegengesetzten Entscheidung der Vorklage auf die Widerklage verzichtet werde.

Zunächst mag in diesem Zusammenhang anerkannt werden, was ich übrigens auch bei der privatrechtlichen Darstellung an anderem Orte hervorgehoben habe, daß es nach der Terminologie der C.P.O. und nach deren ausdrücklicher Vorschrift in der Inzidentfeststellungsklage und Widerklage Klagen giebt, die nur bedingte Wirksamkeit äußern sollen. Die in dieser Weise bezeichneten Anträge sind aber in Wahrheit keine Klagen, durch welche ein Rechtsstreit erhoben und anhängig werden soll. Für den Fall, daß in dem anhängigen Rechtsstreit und zum Zwecke seiner Entscheidung eine Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses erforderlich ist und wirklich gegeben wird, kann die Partei eine Entscheidung, welche als bloßer Entscheidungsgrund nicht rechtskraftsfähig sein würde, die Rechtskraftsfähigkeit geben, indem sie beantragt, diese Entscheidung im Urtheilstenor hervorzuheben, sodaß dagegen gegebenen Falls ein besonderes Rechtsmittel eingelegt werden könnte. Ist ein solcher Antrag (Klage) in erster Instanz erhoben, und der Richter kommt ohne die Entscheidung über das Rechtsverhältniß zum Endurtheil, so giebt er über den Antrag ein Urtheil nicht ab. Aber der Berufungsrichter, der demnächst zu seinem Urtheil der Entscheidung über das Rechtsverhältniß bedarf, wird seinerseits das Urtheil über den Inzidentpunkt in seine Entscheidung aufnehmen, obgleich in der ersten Instanz darüber nicht geurtheilt oder dahin geurtheilt ist, daß der Antrag auf Entscheidung als nicht erwachsen abgelehnt wurde, wie ja auch neue Inzidentklagen in zweiter Instanz erhoben werden können (C.P.O. §§ 240, 485, 489). Erst wenn das Urtheil den Inzidentpunkt entscheidet, wird die Anfechtungsnothwendigkeit begründet, bis dahin kann man weder von einer bedingten noch von einer unbedingten selbständigen Rechtshängigkeit reden.

Wenn hiervon abgesehen wird, ist festzuhalten, daß bedingte Klagen oder Widerklagen logisch und rechtlich unmöglich sind. Wie die von W. und L. angezogenen Fälle beweisen, muß man sich aber hüten, mit bedingten Klagen völlig unbedingt angestellte Klagen zu verwechseln, die nur eine bedingte Verurtheilung des Gegners herbeiführen sollen. Mit dem Wort „eventuell“ wird wie mit ähnlichen Worten (z. B. dem entsetzlichen „respektive“) ein großer Mißbrauch getrieben; und kein Richter sollte einen „eventuellen“ Antrag zulassen, ohne die Partei zur deutlichen Erklärung der gemeinten Eventualität zu nöthigen. W. und L. haben bei der Eventualität „wenn der Beklagte dem zugesprochenen Klageanspruch nicht genügen werde oder könne“, offenbar Fälle im Auge, in denen mit einer Klage auf reelle Leistung die Interesseklage verbunden wird, Klagen auf Uebergabe einer Sache, eventuell auf Zahlung eines bestimmten Werthbetrags, Klagen auf Vornahme einer Handlung, eventuell Zahlung einer bestimmten, dem Interesse entsprechenden Geldsumme. Diese Klagen sollen, wie sogleich klar sein wird, nicht nur bedingt existiren; vielmehr will der Kläger, daß außer über den Hauptvertrag auch über die eventuelle Forderung vom Richter auf jeden Fall entschieden werde, — aber die Verurtheilung,

welche er erbittet, soll in ihrem letzten Theil einen bedingten Inhalt haben, sie soll aussprechen, daß die Zahlungsverbindlichkeit erst dann soll vollstreckt werden können, wenn sich herausgestellt hat, daß die Vollstreckung der zuerst angeordneten realen Leistung dem Gläubiger Befriedigung nicht verschafft.

Es ist auch nach anderen Richtungen nicht unerheblich, daß man sich über diesen Inhalt eines solchen Antrags und der Verurtheilung klar wird. Die Praxis hat eine Verbindung des eventuellen Interesseanspruchs mit dem realen Erfüllungsanspruch in der Zeit vor der Civilprozeßordnung im Gebiete des gemeinen und preußischen Rechts unbedenklich zugelassen. Hier ordnete der Richter die Exekution nach dem eventuellen Inhalt des Judikats erst an, nachdem vergeblich die Exekution in Bezug auf die reale Leistung versucht war. Die Civilprozeßordnung spricht unter den Vorschriften über Zwangsvollstreckung auch von den bei der Nichtvollstreckung einer erkannten Leistungspflicht erwachsenden Interesseansprüchen (§ 778); sie sollen durch Klage beim Prozeßgericht erster Instanz geltend gemacht werden. Man braucht aber deshalb nicht zu bezweifeln, daß auch jetzt noch eine Verbindung der eventuellen Interesseforderung mit der Hauptforderung zuläßig ist. Ob bezüglich ihrer bereits vor der Vollstreckung des realen Leistungsanspruchs actio nata ist, braucht hier nicht näher untersucht zu werden. Aber das Eine wird nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 664 C.P.O. nicht übersehen werden dürfen, wie es thatsächlich mit Rücksicht auf das unverständliche und vieldeutige Wort „eventuell" oft übersehen wird: die Zwangsvollstreckung aus dem bedingten Theil des Urtheils ist nicht nach dem Ermessen des Gerichtsvollziehers ohne Weiteres vorzunehmen, wenn er die abzupfändende Sache nicht gefunden hat; sie ist auch nicht ohne Weiteres zuläßig, wenn der gesetzlich zuläßige Zwang zur Handlung angewendet ist, sondern der in Rede stehende Theil des Urtheils muß zunächst auf Anordnung des Vorsitzenden oder nach besonderem Urtheil auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel vollstreckbar ausgefertigt werden. Denn es handelt sich hier, wie bei jeder anderen Bedingung positiven Inhalts, um den durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Thatsache. Der Gerichtsvollzieher kann auch nur bei einem Theil der Hauptansprüche eine eigene Kenntniß haben, und auch diese wäre wegen der Möglichkeit des Offenbarungseides eine unvollständige.

Nach diesen beiläufigen Bemerkungen kehre ich zu meinem Gegenstande zurück. Wenn v. W. und L. in Uebereinstimmung mit Schollmeyer es ohne alle weitere Unterscheidung für zuläßig erklären, daß ein eventueller Antrag mit einem Hauptantrag für den Fall der Abweisung des letzteren verbunden werden könne, so sind hierbei solche Klagen, welche nur eine eventuelle Existenz haben sollen und über die der Richter nur entscheiden soll, wenn der Hauptantrag ganz beseitigt ist, jedenfalls einbegriffen. Aber es giebt auch eventuelle Anträge dieses Inhalts, welchen dieser Karakter abzusprechen ist. Wenn aus denselben klagebegründenden Thatsachen oder unter Hinzunahme von Thatsachen, die mit jenen nicht in Widerspruch stehen, für den Fall der Zurückweisung eines quantitativ höheren

Antrags ein eventueller Antrag auf eine gleichartige Leistung von geringerer Größe gestellt wird, oder wenn eventuell gebeten wird, denselben im Hauptantrag bezeichneten Gegenstand mit einer Modifikation, — nach Leistung eines Eides, nach Sicherstellung des Beklagten durch den Kläger, unter einer Bedingung, als einen nicht sogleich, sondern zu späterer Zeit zu gewährenden, oder nur gegen eine Leistung des Klägers — zuzusprechen: so lag dieses Minus schon in dem Hauptantrage enthalten und hat diesem gegenüber keine besondere rechtliche Existenz. Hieraus ist vom Reichsgericht mit Recht die Folgerung gezogen, daß in Fällen dieser Art durch den Umstand, daß der Richter erster Instanz dem Hauptantrag gemäß erkannt und deshalb den eventuellen Antrag im Tenor seines Urtheils nicht erwähnt hat, der Richter zweiter Instanz, welcher den Hauptantrag für unbegründet erklärt, nicht bloß nicht gehindert, sondern verpflichtet ist, über den eventuellen Antrag zu erkennen. Vgl. R.G. bei Gruchot Bd. 29 S. 421, R.G.Entsch. Bd. 18 S. 388. Daß eventuelle Anträge solchen Karakters neben einem Hauptantrage zuläßig sind und vom Richter berücksichtigt werden müssen, der auch ohne daß diese Anträge gestellt wären, berechtigt sein würde, in den Grenzen des gestellten Hauptantrags auf das Minus zu erkennen, ist unbedenklich. Es kommt in der Praxis vor, daß der eventuelle, aus demselben Grunde wie der Hauptantrag hergeleitete Anspruch ein Majus zum Gegenstande hat. Vielleicht lag so auch der erste der angezogenen vom Reichsgericht entschiedenen Fälle. Dann ist die Sache nicht ganz ebenso einfach. Eine eventuelle Verbindung dieser Art ist m. E. unlogisch. Man kann sich nicht mit dem Geringeren zufrieden erklären und nur für den Fall, daß man zu dem Geringeren kein Recht habe, das Größere fordern. Vielmehr wer das Größere zu fordern hat, kann dabei immer soviel nachlassen, daß er mit dem Geringeren zufrieden ist. Deshalb wird der Richter in solchen Fällen, wenn die Ausübung des Fragerechts nicht dazu führt, daß der weitergehende Antrag als Hauptantrag, der mindere nur eventuell gestellt wird, zwar die eventuelle Begründung in Betracht zu ziehen, daraus aber nicht die Folgerung herzuleiten haben, daß das Majus, sondern nur die, daß das Minus zuzusprechen ist. Auch in den hier erörterten Fällen haben die eventuellen Anträge nicht die Bedeutung, daß damit in bedingter Weise selbständige Klagen erhoben werden.

Eine eigentlich bedingte Klage liegt aber vor, wenn durch den eventuellen Antrag aus denselben rechtsbegründenden Thatsachen, aus welchen der Hauptanspruch mit dem Gegenstand A hergeleitet ist, für den Fall, daß dieser unbegründet befunden werden sollte, der davon völlig verschiedene Gegenstand B gefordert wird, oder wenn eine solche eventuelle Forderung gleichzeitig sogar auf neue, von den in erster Linie geltend gemachten rechtsbegründenden Thatsache verschiedene Thatsachen gegründet wird. Hier ist einzuschalten: Auch die eventuelle Begründung desselben inhaltlich identischen Anspruchs auf verschiedene Thatbestände in demselben Prozesse ist nicht schrankenlos zuläßig. Der Kläger darf nicht in demselben Athem zwei sich widersprechende thatsächliche Behauptungen aufstellen. Die Gegenüberstellung der Parteien dahin, daß nemo prohibetur, pluribus exceptionibus uti,

quamvis diversae sint, während actor certus esse debet, daß also für den Angriff ein bestimmter thatsächlicher Standpunkt festgehalten werden muß, während die Vertheidigung hierzu nicht nöthigt, liegt in der Natur der Sache und kann auch im Prozesse der Civilprozeßordnung nicht entbehrt werden. Daß nun gar Jemand zugleich im Gegenstand wechseln könnte, ist erst recht ausgeschlossen. Wenn also z. B. der Kläger behauptet, dem Beklagten auf Grund eines Kaufvertrages die Sache X für 1000 überlassen zu haben, und daran den Hauptantrag knüpft, den Beklagten zur Zahlung von 1000 zu verurtheilen, für den Fall aber, daß er den Kaufvertrag nicht darlegen könne, behauptet, daß er dem Beklagten die Sache ohne Rechtsgrund übergeben habe, so daß der Beklagte eventuell zur Herausgabe der Sache X verurtheilt werden müsse, wird der die Hauptklage abweisende Richter auch den eventuellen Klageantrag schon aus dieser Erwägung wegen Unzulässigkeit der Klageverbindung abweisen müssen.

Aber auch wenn die Fundamente der beiden Klagen nicht mit einander in Widerspruch stehen, bestehen schwer wiegende Bedenken gegen jedes materielle Eingehen des Richters auf den eventuellen Antrag. Das Reichsgericht hat in dem zweiten der oben gedachten Fälle auf diese Bedenken verwiesen, sie aber unentschieden gelassen. Es hat nur ausgeführt, daß solchen Falls der Berufungsrichter mit dem eventuellen Antrage keine Befassung habe, wenn er, abweichend vom ersten Richter, den Hauptantrag zurückweist. In solchem Falle bleibt dann also der eventuelle Anspruch unentschieden. Und das sollte möglich sein, wenn er bedingt rechtshängig geworden ist? Aber daß der Berufungsrichter in solchem Fall über den in erster Instanz nicht entschiedenen Antrag entscheiden könne, wird dem Reichsgerichtsurtheil kaum von irgend einer Seite entgegengehalten werden. Der Berufungsrichter ist aber nach § 500 C.P.O. auch nicht befugt, die Sache als noch wegen des eventuellen Anspruchs rechtshängig zum nachträglichen Urtheil darüber an den Richter erster Instanz zurückzuweisen. Dieser hat endgültig für seine Instanz die Sache durch sein Urtheil über den Hauptantrag erledigt. Auf der anderen Seite ist aber auch nicht anzunehmen, daß die Bedingung, unter welcher der Kläger den eventuellen Antrag stellt, dahin verstanden werden könnte, „sofern der erste Richter den Hauptantrag für unbegründet hält". Dann würde ja der Kläger von vorn herein auf jede Anfechtung des ersten ihm ungünstigen Urtheils über den Hauptantrag verzichten. Denn er würde beim Eintritt dieser Bedingung nach seiner Erklärung an die eventuelle Klage als die für diesen Fall allein von ihm aufrecht erhaltene gebunden sein. Das ist aber seine Absicht nicht. Er will vielmehr, daß seine Bedingung verstanden werde: für den Fall, daß der erste Antrag nicht nur vom ersten Richter, sondern rechtskräftig für unbegründet erklärt wird. Der Eintritt der Bedingung, unter welcher allein der eventuelle Antrag rechtshängig werden und vom ersten Richter entschieden werden soll, setzt also die rechtskräftige Beendigung des Prozesses über den Hauptantrag voraus, liegt weit hinter der Zeit, in welcher der erste Richter in dem Prozesse thätig zu sein hat. Der erste Richter ist also aus dem Grunde, weil er den Hauptantrag für unbegründet hält, nicht befugt, die

Bedingung, unter welcher der zweite Antrag gestellt ist, als eingetreten anzusehen. Er muß deshalb sich der Entscheidung über die nur eventuell erhobene Klage enthalten, und wenn er sie in seinem Urtheil überhaupt erwähnt, aussprechen, daß eine Entscheidung darüber unstatthaft ist.

Eine andere Auffassung, wenn sie möglich wäre, würde vor unlösbare Schwierigkeiten stellen. Der erste Richter weist den Hauptanspruch zurück, er erkennt zugleich nach dem eventuellen Antrag. Kläger legt Berufung ein, natürlich nur gegen die Hauptentscheidung, Beklagter glaubt keinen Anlaß zu haben, die Entscheidung über den eventuellen Antrag anzugreifen. Der zweite Richter aber findet den Hauptanspruch begründet, und er muß neben die bereits ausgesprochene, ihm unzugängliche Verurtheilung des Beklagten nach dem eventuellen Antrag auch die Verurtheilung nach dem Hauptantrag setzen. Waren beide Ansprüche in dem Verhältniß zu einander, daß der zweite ein Minus des ersten in sich schließt, so ist klar, daß das Rechtsmittel des Klägers dahin verstanden werden muß, daß er nicht bloß das erreichte, sondern das höhere Ziel des Hauptantrages, der den eventuellen in sich schließt, erreichen will. Aber unter der entgegengesetzten Voraussetzung, wenn also jeder der Ansprüche selbständig ist und neben dem andern bestehen kann, ist es unmöglich, den zweiten als durch das Rechtsmittel des Klägers berührt anzusehen.

Hiernach kann der Umstand, daß es sich bei den so erhobenen Klagen um Bedingungen handelt, deren Existenz der Richter in demselben Rechtsstreit feststellt, keinen Grund geben, die so erhobene Klage anders anzusehen als andere Klagen, die von vorn herein nur bedingt erhoben werden. Man kann wohl einen nach seinem Inhalt nur unter Bedingungen zu verwirklichenden Anspruch erheben, aber man kann nicht bedingt klagen, ebenso wie man nicht bedingt spazieren gehen kann. Der Beklagte, der vor den Richter geladen wird, muß aus der erhobenen Klage ersehen, wieweit er wirklich beklagt ist, ob mit einer Klage oder mit zweien. Seine Thätigkeit zur Abwehr des zweiten, nur bedingt erhobenen Anspruchs wäre eine durchaus reelle, der Richter müßte den Vortrag des Klägers wie des Beklagten über sich ergehen lassen, obgleich er doch nur bedingt angegangen sein soll, und obgleich der Eintritt der Bedingung nicht feststeht. Dann würden bei falscher Beurtheilung der Hauptsache vielleicht auch Beweise erhoben, die nur den eventuellen Antrag berühren, — aber schließlich würde nach dem Hauptantrag erkannt, der eventuelle verschwände, — und man soll sich einbilden, alles was darüber geschrieben, gesprochen, verhandelt, sei in Wahrheit doch nicht vorhanden gewesen. Das ist logisch gerade ebenso undenkbar, wie ein bedingtes Spazierengehen. Klagen ist nicht ein Rechtsgeschäft, das in seiner Wirksamkeit von etwas anderem willkürlich abhängig gemacht werden kann. Die Thätigkeit der Klagerhebung findet statt, oder sie findet nicht statt, ein Schwebezustand, in dem ungewiß ist, ob sie stattfand, ist undenkbar.

Das ist aber gerade ebenso bei den Widerklagen. Der erste Richter verurtheilt den Beklagten; er nimmt deshalb an, die Widerklage sei von ihm zu entscheiden, und verurtheilt gemäß derselben auch den Kläger. Auf

die Berufung des Beklagten aber weist dann der zweite Richter die Klage ab. Was wird nun aus der nicht angefochtenen Verurtheilung des Widerbeklagten auf eine Widerklage, die sich jetzt als gar nicht erhoben herausstellt? Die Sache liegt also hier gerade ebenso wie bei der unmöglichen bedingten Klage in anderen Fällen. Das Hilfsmittel von W. und L., daß hier die Bedingung bedeute, die unbedingt erhobene Widerklage werde zurückgenommen, wenn die vom Beklagten in erster Linie gewollte Entscheidung auf die Klage ergehe, macht aus der erklärten Suspensivbedingung eine Resolutivbedingung. Eine bedingte Zurücknahme der Klage giebt es ebenso wenig wie eine bedingte Klage. Die Zurücknahme im Augenblicke des ergehenden Urtheils scheitert auch schon daran, daß sie nicht ohne Zustimmung des Gegners erfolgen könnte, daß sie nicht bei einer mündlichen Verhandlung und nicht durch einen Schriftsatz bedingungslos erklärt wird. Und ebenso wenig wie die Annahme der Unzulässigkeit bedingter Klagen in zu schützende Interessen eingreift, ebenso wenig besteht ein Bedürfniß für solche Widerklagen. Auch hier ist nur zu beachten, daß in die Form bedingter Widerklagen sich häufig Anträge kleiden, die mit Recht dahin gestellt werden können, die in erster Linie überhaupt abgewehrte Verurtheilung des Beklagten auf die Klage eventuell wenigstens als unbedingte oder sofortige abzuwehren. Beklagter will z. B. klar stellen, daß er, wenn er schuldig ist, nur gegen eine Zug um Zug zu gewährende Leistung des Klägers verurtheilt werden kann. Verfolgt er dies Ziel in der Weise, daß er für den Fall der eigenen Verurtheilung zur Leistung widerklagend auch die Verurtheilung des anderen Theils zur Leistung herbeiführen will, ohne sich selbst, dem Widerbeklagten und dem Richter vor dem Urtheil klar zu machen, ob er den Anspruch nun wirklich erhoben hat oder nicht, so hat er juristisch nichts gethan. Eine Widerklage ist in Wahrheit von ihm nicht erhoben. Sein wirkliches Interesse aber schützt er zur Genüge durch den nicht als Widerklage aufzufassenden eventuellen Antrag, für den Fall daß nicht einfach auf Abweisung des Klägers zu erkennen sei, die Verurtheilung mit der Maßgabe auszusprechen, daß er nur gegen eine bestimmte Leistung des Klägers zur Leistung schuldig sei.

Als Ergebniß halte ich fest: es giebt wohl Klagen und Widerklagen mit dem Inhalt, die Verurtheilung dahin auszusprechen, daß die Vollstreckung vom künftigen Eintritt einer Thatsache abhängig zu machen sei, und es sind eventuelle Anträge auf ein Minus des Hauptklageantrags zulässig und erheblich: aber es giebt keine bedingten Klagen oder Widerklagen. Die Klageerhebung ist ein actus legitimus, qui neque diem neque conditionem recipit. Eccius.

8.

Civilprozeßordnung für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze vom 30. Januar 1877. Erläutert von Dr. Lothar Seuffert, o. ö. Professor d. R. zu Erlangen. Vierte umgearbeitete Auflage, zweite bis sechste Lieferung. Nördlingen 1888. Verlag der C. H. Beck'schen Buchhandlung. (Complett M. 20,50.)

Das Erscheinen der ersten Lieferung der vierten Auflage dieses Kommentars haben wir S. 768 des 32. Bandes der Beiträge angezeigt. Mit der jetzt vorliegenden sechsten Lieferung ist das ganze Werk abgeschlossen. Wir haben uns bei der Anzeige der früheren Auflagen (Bd. 24 S. 902, Bd. 27 S. 480, Bd. 29 S. 738) über die Ziele, welche der Verfasser erstrebt, und über die Art der Ausführung derselben näher ausgesprochen. Wir freuen uns, daß nach dem Verlauf von zwei Jahren schon wieder eine neue Auflage dieses hervorragenden, sowohl im Gebiete des gemeinen Rechts, als im Geltungsbereiche der kodifizirten Landesrechte gleich hoch geschätzten Kommentars nöthig geworden ist. Der Verfasser bemerkt in der Vorrede, daß durch die seit der letzten Auflage erschienenen ersten Bände von Wach's Handbuch und Planck's Lehrbuch des d. Civilprozesses die Wissenschaft des deutschen Prozeßrechts wesentlich gefördert sei. Davon, daß diese Förderung der vorliegenden neuen Auflage zu gut gekommen, und ferner, daß die sonstige neue Literatur und Rechtsprechung nicht bloß nachgetragen, sondern in die Erläuterungen des Gesetzes hineingearbeitet ist, wird sich jeder Leser bald überzeugen. Der Seuffert'sche Kommentar nimmt jetzt u. E. in der Literatur eine so hervorragende Stellung ein, daß die Bearbeitung einer Prozeßfrage die Benutzung desselben schlechthin erfordert. Rassow.

9.

Ueber die materiell rechtlichen Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts. Von J. Riehl, Gerichtsassessor in Hildesheim. Berlin, 1888. Verlag von Franz Vahlen. (M. 1,20.)

Der Verfasser nimmt in dem Streit, welcher über die rechtliche Natur des Pfändungspfandrechts besteht, Stellung. Es ist bekannt, daß verschiedene Rechtslehrer trotz der ausdrücklichen Vorschrift des § 709 C.P.O. dem Pfändungspfandrecht den Karakter eines wahren Pfandrechts absprechen, und dasselbe für ein im Interesse des Rechtsschutzes geschaffenes, also auf prozessualem Boden entstandenes und zunächst nur für prozessuale Zwecke bestimmtes Rechtsinstitut erklären. Im Gegensatz zu dieser Auffassung versucht der Verfasser den Nachweis, daß das Pfändungspfandrecht, trotz einiger Anomalien, in seinen Grundprinzipien von den Normen des materielleu Pfandrechts beherrscht wird. Als die Voraussetzungen des materiellen Pfandrechts bezeichnet er 1. eine Pfandforderung, 2. eine dem Verpfänder gehörige, verpfändungsfähige Sache und 3. einen Entstehungsgrund. Nach diesen drei Richtungen wird die rechtliche Natur des Pfändungspfandrechts an Mobilien geprüft. Die genaue Durchsicht der vorliegenden Schrift hat uns überzeugt, daß der Verfasser in sorgfältiger Weise alle Streitfragen, welche nach diesen drei Beziehungen in so sehr reichlichem Maße aufgeworfen sind, geprüft und besprochen hat. Die Schrift bietet in Betreff einer Materie, welche Doktrin und Praxis fortdauernd beschäftigt, und bei deren zweckmäßiger Behandlung der Verkehr in hohem Maße interessirt ist, für jeden Betheiligten reichen Aufschluß, und wir glauben, daß eine erhebliche Zahl von Kontroversen durch sie klar gestellt und einer

günstigen Lösung näher geführt ist. Der beschränkte Raum verbietet uns, eine Uebersicht des reichen Inhalts zu geben. Wir wollen nur einzelne Bemerkungen, welche uns beim Durchlesen aufgestoßen sind, erwähnen. Der Streit über die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers zieht immer weitere Kreise. Der Verf. schließt sich der Ansicht von Eccius (Preuß. Priv.R. II. § 141 Note 17, nicht Note 33, wie der Verf. S. 69 sagt) an, wonach der dem Gerichtsvollzieher ertheilte Auftrag nach preußischem Recht nicht die Natur eines Vollmachtsvertrages hat. Das Reichsgericht hat nicht bloß in dem vom Verf. zitirten Urtheil des III. Civilsenats (Entsch. IX. S. 361), sondern auch in dem Plenarbeschluß vom 10. Juni 1886 (Entsch. XVI. S. 396) die entgegenstehende Ansicht angenommen und seine Entscheidung in ausführlicher Weise motivirt. Wir glauben nicht, daß die Begründung des reichsgerichtlichen Urtheils durch die verhältnißmäßig kurzen Ausführungen des Verf. getroffen und widerlegt ist. — Auf S. 26 bespricht der Verf. in zustimmender Weise ein Urtheil des Reichsgerichts vom 17. November 1883 (Gruchot Bd. 28 S. 845, der Verf. verweist nur auf die kurze Notiz in Seuffert Kommt. zu § 808 C.P.O.), in welchem angenommen wird, daß die im § 671 C.P.O. vorgeschriebene Zustellung des Titels auch nach geschehener Pfändung nachgeholt, und die Ungültigkeit der Vollstreckungshandlung durch die nachträgliche Zustellung gehoben werden könne. Dieses Urtheil hat in der Literatur mit Recht großen Widerspruch hervorgerufen. Die Worte des § 671 C.P.O.: „die Zwangsvollstreckung darf nur beginnen" sind so imperativ, daß die Sanirung eines Verstoßes gegen die gegebene Vorschrift nicht zulässig erscheint. Ob im Falle der Konkurrenz mehrerer Exekutionsgläubiger andere Grundsätze eintreten, ließ das reichsgerichtliche Urtheil dahingestellt. Bei wiederholter Berathung hat in neuester Zeit das Reichsgericht den früher eingenommenen Standpunkt aufgegeben und die Gültigkeit der Pfändung von der Zustellung des vollstreckbaren Titels abhängig erachtet. Die betreffende (von dem früheren Senat erlassene) Entscheidung wird demnächst in den Beiträgen veröffentlicht werden. Die Stütze, welche der Verf. aus dem Urtheil entnimmt, um auszuführen, der Interventionskläger dürfe die formelle Ungültigkeit der Pfändung nicht rügen, fällt somit fort. Auf S. 22 erörtert der Verf., ob die actio pigneraticia nur bei dolus oder culpa auf Schadensersatz gehe, und bejaht dies selbst in dem Falle, daß Jemand Zwangsvollstreckung auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten, demnächst abgeänderten Urtheils nachgesucht hat. Es ist richtig, daß sich einige Urtheile des Reichsgerichts für diese Ansicht mehr oder minder verwerthen lassen. Nach der vom Verf. zitirten Abhandlung Henrici's (Beitr. Bd. 32 S. 161 ff.) und der eingehenden Erörterung von Eccius (Preuß. Priv.R. I. § 90 S. 549—550) hätten wir gehofft, daß die vorgetragene Ansicht näher begründet worden wäre.

Wir schließen aber unsere kritischen Bemerkungen und sprechen den Wunsch aus, daß der Verf. seine Arbeiten auf dem betretenen Gebiete fortsetzen möge. Rassow.

10.

Die Zwangsverwaltung von Grundstücken nach dem preußischen Gesetz vom 13. Juli 1883. Für die Praxis unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Obertribunals dargestellt von Heinrich Peiser, Richter am kgl. Landgerichte Konitz. Berlin 1888. Siemenroth und Worms. (M. 3,—.)

Die Handhabung des Gesetzes vom 13. Juli 1883 bietet ganz ungewöhnliche Schwierigkeiten, obwohl eine ganze Reihe, zum Theil vorzüglicher Kommentare das Verständniß desselben zu erleichtern sucht. Das vorliegende Buch hat einen nicht unwichtigen Abschnitt desselben, die Zwangsverwaltung, herausgenommen und in systematischer Darstellung behandelt. Wir haben uns überzeugt, daß das Bild, welches der Verf. von dem prozessualen Verfahren und den Rechtswirkungen des gedachten Instituts entwirft, ein wohlgelungenes ist. Namentlich sind die Literatur und die Rechtsprechung sorgfältig berücksichtigt. Das Urtheil des Reichsgerichts Bd. 20 S. 290 über die Frage, in wieweit der Eigenthümer hinsichtlich der Verfügung über die Revenuen eines unter Zwangsverwaltung stehenden Grundstücks beschränkt ist, hat der Verf. bei der Ausgabe des Buches noch nicht kennen können. In Betreff der Zwangsverwaltung durch Kreditverbände oder Kreditinstitute (S. 136 ff.) hätten wir eine Berücksichtigung der Abhandlung von Brünnecks in Bd. 28 S. 48, 318, 489 ff. dieser Beiträge gewünscht. Hinsichtlich der Art des Zitirens bemerken wir, daß der Verf. vielfach (z. B. bei Förster-Eccius, Krech und Fischer, Jäckel) nur den Band und die Seiten angiebt. Bei Büchern, welche fortwährend in neuen Auflagen erscheinen, wird dadurch das Nachsuchen erheblich erschwert. Wir halten Zitate nach Paragraphen und Noten für zweckmäßiger.

Rassow.

11.

Der Offenbarungseid und die Haft als Maßregeln der Zwangsvollstreckung nach der Civilprozeßordnung, dargestellt von Schönfeld, Amtsrichter. Gnesen 1888. Bänsch & Wnukowsky. (M. 1,—.)

Der aus einer Reihe anderer Schriften in weiteren Kreisen bekannte Verfasser hat in der vorliegenden Arbeit die Vorschriften der C.P.O. über den Offenbarungseid und die Haft zusammengestellt und erläutert. Die Einleitung bespricht die §§ 711, 796, sodann folgt ein Kommentar des 4. Abschnitts des 8. Buchs, umfassend die §§ 780 bis 795 C.P.O. Die Durchsicht der kleinen Schrift ergiebt, daß der Verfasser sowohl die Literatur als die Rechtsprechung berücksichtigt hat, ohne sein selbständiges Urtheil aufzugeben. Ob der von ihm erstrebte Zweck, das waltende Dunkel mittelst Anwendung der allgemeinen Grundsätze zu lichten, erreicht ist, darüber könnte man vielleicht Zweifel hegen. Nach unserer Ansicht wird für denjenigen, welcher die gesetzlichen Bestimmungen über Offenbarungseid und Haft anzuwenden hat, die Benutzung der größeren Kommentare der C.P.O. durch die vorliegende Schrift nicht entbehrlich gemacht.

Rassow.

12.

Das Gerichtskassenwesen in Preußen. Systematische Zusammenstellung aller das Kassenwesen bei den preußischen Justizbehörden betreffenden gesetzlichen und administrativen Vorschriften. Mit Erläuterungen von J. Wollenzien, Rendant der Königl. Gerichtskasse zu Pleschen. Zweite, wesentlich vermehrte und bis auf die Neuzeit vervollständigte Auflage, bearbeitet von Johannes Wollenzien, Rendant der Königl. Gerichtskasse zu Pleschen, und Heinrich Walter, Rechtsanwalt und Notar a. D. zu Berlin. Erster Band. Berlin 1888. Siemenroth und Worms.

Wir haben die erste Auflage dieses Werkes in den Beiträgen Bd. 30, S. 476 angezeigt. Die organisatorische Umgestaltung, welche das Gerichtskassenwesen in Preußen durch die Instruktionen für die Kassenverwaltung vom 1. Dezember 1884 bez. vom 3. März 1885 erlitten hat, und die ansehnliche Reihe erläuternder und abändernder Vorschriften, welche namentlich seit dem Erscheinen der Anweisung der königl. Oberrechnungskammer vom 4. Juni 1886 von den verschiedensten Instanzen erlassen sind, haben eine Umarbeitung und erhebliche Vermehrung der ersten Auflage des vorliegenden Werkes nöthig gemacht. Die beiden sachkundigen Verfasser hoffen, daß diese zweite Auflage allen preußischen Behörden und Beamten, denen die Verwaltung und Beaufsichtigung der gerichtlichen Kassen obliegt, ein Handbuch darbieten wird, welches alles für das Kassenfach Wissenswerthe nach dem neuesten Stand der Theorie und Praxis enthält, und den Dienst wesentlich erleichtert. Der jetzt erschienene erste Band umfaßt die beiden Hauptabtheilungen: I. Kassenverwaltung und II. Fondsverwaltung. Die in unserer oben gedachten Anzeige aufgeführten Abtheilungen III bis X sollen in dem zweiten Bande erscheinen. Rassow.

13.

Das Reichsgesetz, betreffend die unter Ausschluß der Oeffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen vom 5. April 1888. Erläutert von Dr. Georg Kleinfeller, Privatdozent an der Universität zu München. (Separatabdruck aus der Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen.) Erlangen 1888. Verlag von Palm und Enke (Karl Enke). (M. 2,60.)

Die Literatur über das Reichsgesetz vom 5. April 1888 wächst gewaltig. Der Verfasser hat nach einer historisch-systematischen Einleitung die einzelnen Artikel des Gesetzes kommentirt, glücklicher Weise mit Ausschluß der Motive und ohne Abdruck der Kommissionsverhandlungen. Als Hauptsätze des neuen Rechts werden (S. 13 bis 14) angegeben: 1. Das neue Gesetz verstärkt nur die Wirkungen des Ausschlusses der Oeffentlichkeit, vermehrt aber nicht die Gründe, aus welchen der Ausschluß erfolgen darf. 2. Die Vorverhandlung über den Ausschluß findet nicht nothwendig in geheimer Sitzung statt. 3. Der Ausschluß der Oeffentlichkeit kann die heimliche Verkündung der Gründe nach sich ziehen, hat aber nicht nothwendig diese Folge. 4. Das Gericht kann durch Beschluß den Anwesenden

die Pflicht zur Geheimhaltung von Thatsachen auferlegen, welche durch die Verhandlung (die ganze oder theilweise) oder durch amtliche Schriftstücke des Prozesses zu ihrer Kenntniß gelangt sind. 5. Das Gericht (nicht der Vorsitzende) kann einzelnen Personen den Zutritt zu nicht öffentlichen Verhandlungen gestatten. 6. Der Ausschluß der Oeffentlichkeit wegen Besorgniß der Gefährdung der Staatssicherheit hat zur Folge, daß die Presse weder über den Inhalt der Verhandlung, noch über amtliche Schriftstücke des Prozesses Mittheilungen machen darf. 7. An den Ausschluß der Oeffentlichkeit wegen Gefährdung der Sittlichkeit ist ein Verbot solcher öffentlichen Mittheilungen — nicht bloß durch die Presse — über die Verhandlung, oder über amtliche Schriftstücke des Prozesses geknüpft, welche geeignet sind, Aergerniß zu erregen. 8. Gleichmäßig sind mit Strafe bedroht die Verletzung der Schweigepflicht, die Uebertretung des Preßverbots, sowie die öffentlichen Mittheilungen der im Art. IV des Gesetzes bezeichneten Art. Eine Wiedergabe der näheren Begründung dieser Sätze durch den Verfasser würde den für die Anzeige des Buches gestatteten Umfang überschreiten. Rassow.

14.

Gesetz vom 8. August 1878, die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen betreffend, erläutert von Wilhelm Krais, Rath des königlichen Verwaltungsgerichtshofes. II. Nachtrag, enthaltend die seit 1. Oktober 1879 durch die Gesetzgebung oder nach der Rechtsprechung des V.G.H. ꝛc. veranlaßten Ergänzungen und Aenderungen. Separatabdruck aus der „Gesetzgebung des Königreichs Bayern" mit Erläuterungen. Erlangen 1887. Verlag von Palm und Enke (Karl Enke). (M. 3,80.)

Im Anschluß an die Gesetzgebung der französischen Revolution hat auch die deutsche Gesetzgebung die Justiz und die Verwaltung getrennt.

Deshalb mußte sich analog dem Civilprozeßverfahren ein besonderes Verfahren in Verwaltungsrechtssachen (Verwaltungsstreitsachen) mit einem geregelten Instanzenzug entwickeln; außerdem muß es nothwendigerweise eine ganze Reihe von Fällen geben, welche auf der Grenzlinie, gewissermaßen auf der fliegenden Brücke zwischen Justiz und Verwaltung stehen.

In der neueren Zeit wurden behufs Regelung dieser Materie in den einzelnen Staaten ausführliche Gesetze erlassen, so in Bayern das Gesetz vom 8. August 1878, dessen Erläuterung der vorliegende Kommentar gewidmet ist.

Fast in keinem Gebiete wird die Entscheidung der höchsten zuständigen Behörde verhältnißmäßig so häufig angerufen sowie bezüglich der Frage, ob eine Justiz- oder Verwaltungssache vorliegt. Hierzu kommt, daß die Verwaltungsgerichte fast ausschließlich die so wichtigen Fragen zu lösen haben, während theoretische Behandlungen nur spärlich erscheinen.

So widmet sich der erste und zweite Nachtrag im Wesentlichen der Rechtsprechung des bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, während in dem

ersten Theil zugleich eine rechtsgeschichtliche Darstellung über die Ausbildung der Verwaltungsrechtspflege in Bayern enthalten ist.

Mit Rücksicht auf die vollständige Behandlung der bayerischen Rechtsprechung unter gleichzeitiger Berücksichtigung der einschläglichen Literatur dürfte das Werk für den bayerischen Praktiker kaum entbehrlich sein; namentlich ist auch das pfälzische Recht berücksichtigt.

Aber auch für das übrige Deutschland hat das Buch nicht nur theoretischen, sondern auch praktischen Werth, indem die streitigen Fragen in den verschiedenen Staaten vielfach dieselben sind und sonach ein Vergleich der Rechtsprechung ermöglicht ist. Scherer.

15.

Kommentar zur Subhastationsordnung für das Königreich Bayern vom 23. Februar 1879 und 29. Mai 1886. (I. Gesetz, die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen wegen Geldforderungen betreffend, vom 23. Februar 1879. II. Gesetz, Aenderungen der Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen betreffend, vom 29. Mai 1886.) In erster Auflage herausgegeben von Dr. Ignaz Ortenau, weil. k. Notar in München. In zweiter Auflage neu bearbeitet von Max Fischer, k. Notar in Kötzting, und Wilhelm Henle, II. Staatsanwalt und Hilfsarbeiter des k. Oberstaatsanwalts in Augsburg. Nördlingen 1888. Verlag der C. H. Beck'schen Buchhandlung. (M. 10,80.)

Von den in Betracht kommenden Staaten des rheinischen Rechtsgebiets ist neben Oldenburg Bayern der einzige Staat, welcher für seine links- und rechtsrheinischen Gebietstheile eine gemeinschaftliche Subhastationsordnung erlassen hat.

In Oldenburg war die Aufgabe dadurch erleichtert, daß in Birkenfeld die oldenburgische Hypothekenordnung von 1814 eingeführt ist, während in der bayrischen Pfalz im Wesentlichen das Hypothekenrecht des c. c. in Kraft ist. Es war deshalb unmöglich, vollständig gleichmäßige Bestimmungen für die rechts- und linksrheinischen Gebiete zu treffen; vielmehr enthält die Suhastationsordnung eine Reihe von Bestimmungen, welche nur für die Pfalz Geltung haben; vgl. Art. 33, 55, 67, 68 S.O.

Was die Prinzipien betrifft, welchen die Subhastationsordnung folgte, so sind es vorzugsweise diejenigen des französischen Rechts. So hat der Ansteiger den Kaufpreis nicht sofort baar zu hinterlegen, außerdem kennt die Subhastationsordnung kein Mindestgebot; Art. 55.

Diese letztere Bestimmung hat sich im rechtsrheinischen Bayern nicht bewährt, weshalb für dieses Gebiet durch die Novelle vom 29. Mai 1886 wiederum das Mindestgebot eingeführt wurde; überhaupt enthält die Novelle in Art. 1—44 nur Bestimmungen für das rechtsrheinische Bayern, während der Art. 46 der Malzsteuer gewidmet ist.

Das sehr umfangreiche Werk (585 Seiten) behandelt alle einschläglichen Fragen eingehend unter ausgiebiger Heranziehung der diesbezüglichen rechtsrheinischen Literatur und Praxis, während die linksrheinische Literatur

(abgesehen von Wernz, Kommentar zur Prozeßordnung, München 1869) vollständig übergangen ist; das Gleiche dürfte bezüglich der linksrheinischen Praxis zutreffen.

Was die gemeinrechtliche Kontroverse betrifft, ob bei der Zwangsversteigerung das Eigenthum mit der Tradition oder mit dem Zuschlag übergeht, so wird dieselbe S. 138—142 eingehend untersucht und dahin entschieden, das Eigenthum geht mit dem Zuschlag auf den Ersteher über; auch hier ist die Stellung des französischen Rechts zu dieser Frage nicht berührt.

Der Art. 75 bestimmt: Ein Bieter ist aa sein Gebot nicht mehr gebunden, wenn ein Mehrgebot erfolgt und dasselbe bis zum Zuschlag nicht zurückgewiesen worden ist. — Die Stellung der Theorie zu der hier entschiedenen Streitfrage hätte vielleicht eingehender dargelegt werden dürfen.

Durch diese Bemerkungen soll jedoch der Werth des Werkes nicht geschmälert werden; für diesen spricht das Erscheinen der zweiten Auflage in beredter Weise. Scherer.

16.

Code de procédure civile pour l'empire d'Allemagne (30. Janvier 1887), traduit et annoté par E. Glasson, membre de l'institut, professeur à la faculté de droit de Paris, E. Lederlin, doyen de la faculté de droit de Nancy, et F. R. Dareste, avocat à Bourg, docteur en droit. Paris, inprimerie nationale. 1887.

Das Werk zerfällt in drei Theile, nämlich eine Einleitung (87 S.), die Uebersetzung der deutschen Civilprozeßordnung (294 S.) und einen Anhang, welcher die während des Drucks ergangenen Gesetze prozessualen Inhalts anführt.

Was die Einleitung betrifft, so ist dieselbe vorzugsweise dem früheren Rechtszustand gewidmet. So behandelt der § 1 die Gerichtsorganisation und das Verfahren unter den Karolingern und Merowingern, das Prozeßverfahren nach der lex salica, dessen Aenderungen durch das Edikt von Chilperich, die Beweismittel namentlich im Anschluß an das Edikt von Childebert und das Urtheil. Die deutsche Literatur ist eingehend berücksichtigt, so Unger, Die altdeutsche Gerichtsverfassung, Göttingen 1842; Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens; Bethmann-Hollweg, Der germanisch-romanische Civilprozeß im Mittelalter, Bonn 1868; ferner Sohm, Das Prozeßverfahren nach der lex salica nach der Uebersetzung von Thévenin, Paris 1873; Bar, Das Beweisurtheil des germanischen Prozesses, Hannover 1866; Unger, Der gerichtliche Zweikampf; Brunner, Zeugen und Inquisitionsbeweis der karolingischen Zeiten, Wien 1866. — Der § 2 (S. 15—35) ist dem sog. Feudalprozeß gewidmet, d. h. dem Prozeßverfahren in der Zeit vom 11. bis 15. Jahrhundert; der Grundkarakter dieses Prozeßverfahrens ist Mündlichkeit und Oeffentlichkeit, ferner 2 Instanzen; in der zweiten kann der Fürst (Graf) selbst den Vorsitz führen. Es sind namentlich berücksichtigt die Werke von Jolly, Ueber das Beweisverfahren nach dem Sachsenspiegel, Mannheim 1846; Hänel, Das Beweis-

system des Sachsenspiegels in Bezug auf den bürgerlichen Prozeß, Leipzig 1858; Kühns, Geschichte der Gerichtsverfassung und des Prozesses in der Mark Brandenburg, Berlin 1865. — Der § 3 (S. 35—40) beschäftigt sich mit der Umwandlung des Prozeßverfahrens in der Zeit vom 15. bis 18. Jahrhundert im Anschluß an die Werke von Walter, Die Literatur des gemeinen ordentlichen Civilprozesses, Nordhausen 1855; Wal, Beiträge zur Literaturgeschichte des Civilprozesses, Erlangen 1856; Schulte, Quellen des Kirchenrechts I. 388, II. 377, 384, 405—415. — Der § 4 ist den Prozeßgesetzen gewidmet, welche zur Zeit der Redaktion der Prozeßordnung in Geltung waren, und enthält namentlich eine Schilderung des gemeinen deutschen, hannoverischen und französischen Prozesses. — Der § 5 bespricht die Tendenz der C.P.O. (Herstellung der Einheit), die Vorarbeiten und die Einleitung der C.P.O. — In § 6 (S. 55—86) sind die Reichs- und Landesgesetze prozessualen Inhalts aufgezählt, welche neben der C.P.O. in Geltung sind, hierunter namentlich die Gesetze, welche die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen betreffen. — Sonach enthält die Einleitung einen Abriß der Geschichte des deutschen Civilprozesses.

Der zweite Theil des Werkes (Haupttheil) ist der Uebersetzung der Prozeßordnung gewidmet; den einzelnen Artikeln sind vielfach Noten beigefügt, welche ebenso kurz wie klar die Unterschiede von den betr. Bestimmungen der französischen P.O. hervorheben unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Stellung, welche namentlich die italienische und Genfer Prozeßordnung zu der betr. prozessualen Frage einnehmen. Scherer.

17.

Lehrbuch des deutschen Strafrechts, von Dr. Franz von Liszt. Dritte durchgearbeitete Auflage. Berlin 1888. J. Guttentag (D. Collin). (M. 10,—.)

Das Liszt'sche Lehrbuch ist in seiner 2. Auflage in Bd. 29 S. 461 besprochen worden. Die dort hervorgehobenen Vorzüge desselben sind in der nun vorliegenden 3. Auflage noch in erheblicherem Grade hervorgetreten. Fordern auch die Erörterungen seines allgemeinen Theils über Vorsatz, Versuch, das Rechtsgut und die Konkurrenz zum Widerspruche auf, so ist doch in demselben eine dankbar anzuerkennende Bereicherung der kriminalistischen Literatur zu finden. v. B.

18.

Die Rechtsbeugungsverbrechen des deutschen Reich-Strafgesetzbuchs von Dr. jur. L. Oppenheim. Leipzig 1886. Verlag von Duncker & Humblot. (M. 4,80.)

Die gut geschriebene Monographie ist Binding gewidmet, dessen Ansichten der Verf. wiederholt verwerthet hat. Die Schrift beschäftigt sich zunächst mit dem Wesen der Amtsverbrechen im Allgemeinen, schildert dann im ersten Kapitel das Delikt der Rechtsbeugung, worauf im zweiten Kapitel die Verbrechen der Rechtsbeugung nach ihrem objektiven und subjektiven Thatbestand eingehend erörtert werden. Zuletzt folgt eine Schluß-

betrachtung, in welcher auch die aus Fahrlässigkeit begangenen schweren Rechtsbeugungen, wie die fahrlässige Abgabe eines rechtsbeugenden Urtheils und die fahrlässige Eröffnung einer Untersuchung gegen einen Unschuldigen für strafbar erklärt werden. Besonders hervorzuheben ist die Karakteristik der Amtsverbrechen, nach welcher dieselben nur von dem Inhaber eines Amtes begangen werden können und sonach, wenn sie auch Anstiftung und Beihülfe zulassen, doch die Mitthäterichaft ausschließen. Betrachtet man aber die Qualität des Amtes als ein objektives Merkmal des Thatbestandes dieser Verbrechen und erwägt man, daß das Verbrechen eine Verursachung ist, so dürfte ein genügender Grund für diese Ausschließung nicht zu erkennen sein. v. B.

19.

Das Reichsgesetz, betreffend den Schutz von Vögeln vom 22. März 1888, von dem königl. bayerischen Forstamtsassessor Friedrich Heinz. Nördlingen 1888. C. H. Beck'sche Buchhandlung. (M. 0,80.)

Das zitirte Gesetz bezweckt lediglich eine Feststellung des Mindestmaßes des den Vögeln zu gewährenden Schutzes und läßt die in dieser Richtung weitergehenden landesrechtlichen Vorschriften unberührt. Daher unternimmt es der Verf., das Verhältniß der reichsgesetzlichen und landesrechtlichen Vorschriften zu einander darzulegen. Zu diesem Zwecke wird nach einer Mittheilung der dem Reichsgesetze vorausgegangenen, auf den Vogelschutz gerichteten Bestrebungen der Text des Gesetzes mit Anmerkungen abgedruckt. Von Interesse würde es gewesen sein, wenn sich die verdienstvolle Arbeit auch mit der, gerade in neuester Zeit wiederholt in Anregung gebrachten Frage beschäftigt hätte, welche Maßregeln von Gartenbesitzern gegen fremde Katzen zum Schutze der Singvögel ausgeübt werden dürfen.

v. B.

20.

Das Reichspreßgesetz vom 7. Mai 1874, von dem königl. bayerischen Regierungsrath Wilhelm Koller. Nördlingen 1888. C. H. Beck'sche Buchhandlung. (M. 3,—.)

Die Schrift bringt nicht allein das Reichspreßgesetz zur entsprechenden Darstellung, sondern sie ist namentlich auch darum besonders beachtenswerth, weil sie die bis in die neueste Zeit erlassenen Reichs- und Landesgesetze, insoweit sie die Presse zum Gegenstande haben, wie namentlich die Gewerbeordnung und das Sozialistengesetz, zur Erörterung heranzieht und die Rechtsprechung des Reichsgerichts berücksichtigt. Aber auch selbständige Gedanken über den Begriff des Preßdelikts hat der Verf. in anzuerkennender Weise verarbeitet, und es kann hiernach eine freundliche Aufnahme der Schrift in der Praxis nicht bezweifelt werden. v. B.

21.

Das preußische Jagdrecht. Auf Grund der in dem Umfange der Monarchie und in den einzelnen Provinzen geltenden Gesetze und Verordnungen, sowie der die letzteren erläuternden Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe nebst einem Anhange, enthaltend das Reichsgesetz, betreffend den Schutz von Vögeln vom 22. März 1888, und den Text der wichtigsten preußischen Jagdgesetze, systematisch dargestellt von A. Dalcke, Ober-Staatsanwalt. Zweite vollständig umgearbeitete Auflage. Breslau 1888. J. U. Kern's Verlag (Max Müller). (M. 5,—.)

Die erste im Jahre 1864 erschienene Auflage dieses Buches ist in kurzer Zeit vergriffen worden. Obwohl die im Jahre 1866 erfolgte Vergrößerung der preußischen Monarchie es dringend nöthig machte, das gesammte, in allen Theilen derselben geltende Recht übersichtlich zusammen zu stellen, hat der Verfasser dennoch längere Zeit gezögert, eine neue Auflage zu veranstalten, weil er die Versuche der Umformirung des Jagdrechts zuvor abwarten wollte. Nachdem diese gescheitert sind, hat er die Arbeit, sowohl das allgemeine, als das in den einzelnen preußischen Provinzen geltende Recht übersichtlich darzustellen, unternommen. Wer jemals Gelegenheit gehabt hat, sich mit den meist abgelegenen Fragen des so verschieden gestalteten Jagdrechts zu beschäftigen, wird dem Verfasser danken, daß er sich der großen Mühe unterzogen hat, das einschlägliche Material zu sammeln und mit einem erläuternden Kommentar zu versehen. Der erste Theil des Buches enthält die Vorschriften des öffentlichen und des Civilrechts, der zweite das Jagdstrafrecht, und zwar im ersten Abschnitt die eigentlichen Strafgesetze, im zweiten die Polizeistrafgesetze, sowohl die allgemeinen Landes-Polizeistrafgesetze als die provinzialen Polizeistrafgesetze. Der Anhang bringt das Reichsgesetz zum Schutz von Vögeln, sowie den Text der wichtigsten preußischen Jagdgesetze, auch ein Formular zu Jagdpachtverträgen. Das Verfahren in Jagdstrafsachen ist nicht mit in den Kreis der Darstellung gezogen, weil es keinerlei Besonderheiten bietet. — Daß der Verfasser den Stoff in sorgfältigster Weise zusammen getragen, und unter Berücksichtigung der Verordnungen der Verwaltungsbehörden und der Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe übersichtlich geordnet und dargestellt hat, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden. Ein Sachregister erleichtert den Gebrauch des Buches. Wir zweifeln nicht an der günstigen Aufnahme desselben. Rassow.

22.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, von dem Staatsanwalt Dr. Theodor Borchert. Berlin 1888. H. W. Müller. (M. 3,—.)

Man könnte ja vielleicht der Meinung sein, daß es auf dem Gebiete des eigentlichen Strafrechts eine Verantwortlichkeit für die Handlungen Dritter überhaupt nicht giebt und sich vielmehr Jeder, der Thäter sowohl

wie der Anstifter und Gehülfe, nur vermöge seines eigenen Willens und seiner eigenen Wirksamkeit haftbar machen kann. Indessen die Frage ist streitig, und man wird darum die Berechtigung des Verfassers, sich auf den von ihm eingenommenen Standpunkt zu stellen, anzuerkennen haben. Von diesem Standpunkt aus aber hat derselbe die Materien der Thäterschaft, Anstiftung, Beihülfe und der mittelbaren Thäterschaft, sowie weiterhin der Begünstigung, Kausalität, der Unterlassung, also der schwierigsten strafrechtlichen Probleme, konsequent und scharfsinnig durchgearbeitet. Auch fehlt es nicht an neuen Gesichtspunkten, welche zur Aufklärung der besprochenen Lehren beitragen. Die Art und Weise, in welcher der Verf. seine amtlichen Erfahrungen verwerthet, zeigt den denkenden Praktiker. v. B.

23.

Einführung in die Thätigkeit des Staatsanwalts, vom Gerichts-Assessor Theodor Stachow. Berlin 1888. Puttkammer & Mühlbrecht. (M. 1,—.)

Die Schrift verfolgt den Zweck, jüngeren, mit der Thätigkeit des Staatsanwalts nicht vertrauten Beamten einen Ueberblick über dieselbe zu gewähren und die Gesichtspunkte hervorzuheben, welche bei der Bearbeitung des Dezernats in Frage kommen. Eine wissenschaftliche Erörterung hat der Verf. überall vermeiden wollen. In dieser selbst auferlegten Beschränkung kann denn auch die Schrift den Vorzug der Klarheit und Faßlichkeit der ertheilten Unterweisung in Anspruch nehmen. v. B.

24.

Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, herausgegeben von dem Oberrichter und Professor Karl Stooß. Basel. H. Georg. (pro Jahrg. M. 10,—.)

Es ist kürzlich das fünfte Heft des ersten Jahrgangs dieser Zeitschrift, welche das Gebiet des gesammten Strafrechts umfaßt, erschienen. Sie will das in der neuesten Zeit in der Schweiz lebhaft hervortretende Streben nach einer Vereinheitlichung des Strafrechts unterstützen, indem sie die Unhaltbarkeit der gegenwärtigen Zustände nachweist und die Schwierigkeiten, welche dem gesteckten Ziele entgegentreten, zu überwinden sucht. Entspricht sie sonach einem in der Schweiz vorhandenen Bedürfnisse, so ist sie aber zugleich auch für den deutschen Kriminalisten von erheblichem Interesse, denn sie eröffnet nicht nur einen lehrreichen Einblick in die Vielgestaltigkeit der kantonalen Strafrechte, welche sich nicht selten durch eine verdienstvolle Verwerthung der gesetzgeberischen Materie auszeichnen, sondern es läßt sich aus derselben auch die in vielen Richtungen nahe Verwandtschaft der schweizerischen und deutschen strafrechtlichen Auffassung entnehmen. Der Herausgeber der Zeitschrift hat sich auch bereits in Deutschland durch seine strafrechtlichen Arbeiten, insbesondere durch seine Monographie über die Vermögensstrafen, rühmlichst bekannt gemacht. v. B.

25.

Kurze Anzeigen.

1. **Soll Kauf Pacht und Miethe brechen?** Ein Gutachten, dem deutschen Juristentage erstattet. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte und Dogmatik von Pacht und Miethe. Von Dr. Otto Fischer, o. ö. Professor der Rechte in Greifswald. Berlin und Leipzig 1888. Verlag von J. Guttentag (D. Collin).

Die Frage, ob Kauf Miethe bricht, ist in Veranlassung des Entwurfs zum B.G.B., namentlich auf dem Juristentage, eingehend verhandelt. Der Verf. hat zu den Referenten gehört. Die Erörterungen über die Kontroverse und die Entscheidung des Juristentages sind allgemein bekannt. Der im 6. Heft des 32. Bandes der Beiträge enthaltene Klöppel'sche Aufsatz berichtet auch über das Gutachten des Verf., weshalb wir uns auf diese Anzeige beschränken. Rassow.

2. **Die Zentralisation der Arbeiterversicherung unter besonderer Berücksichtigung der Grundzüge zur Alters- und Invalidenversicherung der Arbeiter.** Eine Skizze von Dr. jur. Richard Freund, Magistrats-Assessor in Berlin. Berlin 1888. J. J. Heine's Verlag. (M. 0,60.)

Die Schrift (48 Seiten) geht von dem Gedanken aus, den Verwaltungsapparat möglichst einfach zu gestalten und denselben Organen die gesammte Arbeiterversicherung zu übertragen. Dieser Gedanke ist an sich zutreffend, weil auf diese Weise die Betriebskosten verringert werden.

Der Verfasser findet den heutigen Verwaltungsapparat zu schwerfällig und kostspielig, eine Ansicht, welche vielfach getheilt wird.

Seine Ansicht geht dahin: Bei der Durchführung der Arbeiterversicherung ist das Prinzip korporativer Verbände als Träger dieser Versicherung festzuhalten. Die Bildung der Verbände soll jedoch nicht erfolgen auf der Grundlage der Gemeinsamkeit des Berufs, sondern des Beschäftigungsortes. Der gesammte versicherungspflichtige Arbeiterstand eines Bezirkes bildet einen örtlichen Verband. Scherer.

3. **Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege**, herausgegeben von den Mitgliedern des Oberlandesgerichts zu Stuttgart und des Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer. Erster Band. Erstes Heft. Tübingen 1887. Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung. (à Bd. M. 6,—.)

Nach dem Eingehen des württembergischen Archivs für Recht und Rechtsverwaltung haben die Mitglieder des Oberlandesgerichts und der Anwaltskammer zu Stuttgart die Herausgabe dieser Jahrbücher übernommen. Dieselben sollen enthalten: die Entscheidungen des Oberlandesgerichts in Civil- und Strafsachen, Mittheilungen des Vorstandes der Anwaltskammer, Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes und Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtspflege. Die Zeitschrift soll in zwanglosen Heften, von welchen je drei einen Band bilden, im Preis von nicht mehr als 6 Mark, erscheinen. Rassow.

4. **Handausgabe deutscher Reichsgesetze.** 5. Bd. Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Textausgabe unter Zugrundelegung des Gesetzes in der Fassung vom 26. Februar 1876, und unter Berücksichtigung der erschienenen Nachtragsgesetze, besorgt von Paul von Mangoldt, Landgerichtspräsident. Mit ausführlichem Sach- und Wortregister. Leipzig 1888. Druck und Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung.

5. **Grundriß eines Systems der Rechtsordnung nach praktischen Zwecken,** dargestellt unter Berücksichtigung des preußischen Rechts und des Reichsrechts, von Julius Ebbecke, Amtsrichter. Berlin und Leipzig 1888. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). (M. 1,—.)

6. **Die Rekursentscheidungen, Bescheide und Beschlüsse, sowie sonstige Veröffentlichungen des Reichs-Versicherungsamts,** als Erläuterungen zu dem Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 und dem Gesetze über die Ausdehnung der Unfall- und Krankenversicherung vom 28. Mai 1885, bearbeitet von Dr. jur. Richard Freund, Magistrats-Assessor zu Berlin. 1. Lieferung. Berlin 1888. J. J. Heine's Verlag. (M. 1,20.)

Wir behalten die nähere Anzeige dieses Buches bis zum Erscheinen von weiteren Lieferungen vor.

7. **Bemerkungen über die Ausbildung der Gerichtsreferendare in Preußen nach dem Regulativ vom 1. Mai 1883 nebst Vorschlägen zur Ergänzung bezl. Veränderung des § 23 desselben.** Von Arnold Kalischer, Amtsrichter. Berlin 1889. Puttkammer & Mühlbrecht. (M. 1,—.)

Die vorliegende Schrift versucht, wie in der Vorbemerkung gesagt ist, auf dem Boden der preußischen Einrichtung des vierjährigen Vorbereitungsdienstes die vom Verfasser in neunjähriger amtsgerichtlicher Praxis gesammelten Erfahrungen und Gedanken unter Anlehnung an die einschlägige Literatur zur Aufstellung eines Beschäftigungsplanes zu verwerthen, welcher den Lehrenden und Lernenden ihre Aufgabe wesentlich erleichtern würde.

8. **Das preußische Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum vom 11. Juni 1874.** Mit Erläuterungen von Bendix, Rechtsanwalt am königl. Landgericht in Breslau. Düsseldorf 1888. L. Schwann'sche Verlagshandlung. (M. 1,—.)

Der Verfasser hat das Enteignungsgesetz in derselben knappen und präzisen Weise kommentirt, wie das von uns früher angezeigte Eigenthumserwerbsgesetz. Leider enthält die Schrift insofern eine Lücke, als die Entscheidungen des Reichsgerichts, wenn wir richtig gesehen haben, nur mitgetheilt sind, soweit sie sich in der amtlichen Sammlung und im preuß. J.M.Bl. veröffentlicht finden. Jedenfalls haben wir uns überzeugt, daß mehrere in diesen Beiträgen und anderen Sammlungen veröffentlichte Entscheidungen nicht zitirt sind. Die Brauchbarkeit der kleinen Schrift hat dadurch nicht gewonnen.

9. **Das beneficium competentiae, seine historische Entwickelung, juristische Natur und gegenwärtige Geltung.** Inaugural-Dissertation von P. A. Altmann, Kammergerichts-Referendar. Berlin 1888.

Die Schrift enthält eine Entwickelung des b. c. nach römischem Recht, in der Praxis des Mittelalters, in den Partikulargesetzgebungen, und nach Reichsrecht.

10. **Die Kurzschrift in der Rechtspflege.** Zu der an den deutschen Reichstag gerichteten Denkschrift der Gabelsberger'schen und Stolze'schen Stenographenvereine. Von Dr. Hermann Ortloff, Landgerichtsrath in Weimar. (Ergänzungsheft zu den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt. N. F. XV. Bd.) Jena 1888. Verlag von Hermann Pohle. (M. 1,—.)

Die kleine Schrift knüpft an die im Titel gedachte, dem deutschen Reichstag im Jahre 1887 überreichte, von der Petitionskommission desselben jedoch wiederholt zur Erörterung im Hause nicht geeignet befundene Denkschrift an und sucht auszuführen, daß die Benutzung der Stenographie in vielen Fällen, namentlich im Strafverfahren, möglich und zweckmäßig sei.

11. **Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren.** Von Dr. E. von Schrutka-Rechtenstamm, o. Prof. d. R. an der Universität Wien. Dogmengeschichtlicher Theil. Erste Hälfte: Bis zur Rezeption. Berlin 1888. Carl Heymanns Verlag. (M. 2,50.)

Diese vorliegende erste Hälfte des dogmengeschichtlichen Theiles enthält die romanistischen Grundlagen und die italienische Doktrin des späteren Mittelalters. Wir behalten uns vor, nach dem weiteren Erscheinen des Werkes zu prüfen, ob ein näheres Eingehen auf den Inhalt dem Interesse unserer Leser entspricht.

12. **Rudolf von Jhering.** Eine Skizze nach seinen Werken gezeichnet. Von Dr. jur. M. de Jonge, Gerichtsreferendar in Köln. Berlin 1888. Siemenroth u. Worms.

13. **Zur Reform der juristischen Studienordnung.** Ein Wort für Einführung eines pädagogisch richtigen Lehrplans. Von Justizrath Dr. Reuling, Rechtsanwalt beim Reichsgericht. Leipzig 1887. Verlag von Veit u. Co.

Der Verfasser plaidirt für eine Aenderung des Lehrplans der juristischen Fakultäten.

14. **Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten vom 24. Juni 1865.** Mit Einführungsgesetzen und Kommentar. Von Dr. jur. H. Brassert, Berghauptmann und Oberbergamtsdirektor zu Bonn. Bonn 1888. Verlag von Adolf Markus.

Wir wollen das Erscheinen dieses Kommentars zum Berggesetz hiermit nur vorläufig anzeigen und behalten uns eine eingehende Besprechung des Werkes von dem um das Bergrecht hochverdienten Verfasser vor.

15. **Sammlung der Bescheide, Beschlüsse und Rekursentscheidungen des Reichs-Versicherungsamts nebst den wichtigsten Rundschreiben desselben.** Systematisch zusammengestellt von J. Schmitz, Herausgeber der „Arbeiter-Versorgung", Centralorgan für das Arbeiter-Versicherungswesen. Berlin 1888. Siemenroth u. Worms.

Die Bescheide ꝛc. sind systematisch in 5 Abschnitten zusammengestellt. Ein Inhaltsregister erleichtert die Benutzung. Die Sammlung soll durch Ausgabe von Ergänzungsheften fortgesetzt werden.

16. **Archiv für bürgerliches Recht mit Einschluß des Handelsrechts.** Herausgegeben von J. Kohler, ord. Professor a. d. Universität Berlin, und V. Ring, Gerichtsassessor in Berlin. Band 1, Heft 1. November 1888. Berlin 1888. Carl Heymanns Verlag.

Diese neue Zeitschrift soll in Bänden von 2—3 Heften erscheinen. Der Preis des Bandes beträgt 8. M. Das vorliegende Heft enthält außer einer Einleitung von J. Kohler zwei Aufsätze, nämlich:

1. Die Geschichte der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen in Deutschland, und die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich; von Dr. jur. u. phil. E. Schwartz, Amtsrichter in Pellworm, und

2. Der Entwurf eines B.G.B. und seine Beurtheiler von V. Ring.

Wir werden bei der Inhaltsübersicht der Zeitschriften am Schlusse jeden Bandes die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Abhandlungen näher angeben.

17. **Annuaire de législation Française.** Publié par la société de législation comparée, contenant le texte des principales lois votées en France en 1887. Septième année. Paris, librairie Cotillon. 1888.

Abhandlungen.

6.

Zur rechtlichen Stellung des deutschen Militärfiskus.

Von Herrn Dr. Alfred von Weinrich, Rechtsanwalt beim Oberlandesgericht Colmar i/E.

Die seltsame Verquickung von Reich und Einzelstaat, welche unser ganzes Heerwesen durchzieht, macht die Lehre vom deutschen Militärfiskus wohl zu den schwierigsten unseres Privatrechts. Die Schwierigkeiten werden noch dadurch erhöht, daß es unmöglich ist, durch einfachen Anschluß an die über das Wesen der juristischen Personen und damit der wichtigsten derselben, der privatrechtlichen Persönlichkeit des Staates bestehenden Theorien ein befriedigendes Resultat für unsere Frage zu gewinnen. Ein solches ist nur möglich durch Zerlegung der juristischen Person in ihre Elemente, welche sich in den drei Hauptarten derselben, dem Fiskus, den Korporationen und den Stiftungen, finden.[1] Es ist daher vor Allem die Lehre von der juristischen Person, soweit hierher gehörig, einer kurzen Erörterung zu unterziehen, bevor zur Darstellung der historischen Entwickelung des deutschen Militärfiskus seit Aufhebung des alten Bundes und der gegenwärtig über jenen bestehenden Rechtssätze übergegangen werden kann.

A.

Die über das Wesen der juristischen Personen bestehenden Ansichten[2]) lassen sich, wenn auch in Bezug auf Einzelheiten vielfach

---

[1]) Wegen des theilweisen Fehlens dieser Elemente bei der ruhenden Erbschaft kann man sie auch nicht zu den juristischen Personen rechnen.

[2]) Vgl. darüber Zitelmann, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen 1873 und die dort zitirte sehr umfangreiche Literatur. Von spätern Arbeiten sind zu erwähnen: Bolze, Begriff der juristischen Person 1879. Roth, Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 803 ff. Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 1 2. Aufl. 1882 S. 372 ff. Dernburg, Pandekten Bd. 1 S. 134 ff. Curtius, Das

von einander abweichend, der Hauptsache nach in vier Gruppen theilen:

Die erste und früher in der Wissenschaft des gemeinen Rechts herrschende Gruppe bildet die Personifikationstheorie. Sie geht davon aus, daß nur der Mensch Träger von Rechten sein könne. Um nun der Thatsache, daß es auch Vermögen gibt, deren Träger keine physischen Persönlichkeiten sind, rechtliche Bedeutung einzuräumen, personifizirt sie entweder diese Vermögen oder behandelt sie ebenso, als wenn dieselben physischen Personen angehören würden.[3] Allein diese Theorie, mag sie sich selbst bis zu einer wirklichen Personifikation des Vermögens versteigen, ist doch weiter nichts, als eine Umschreibung der Thatsache, daß es im Privatrechtsverkehr Gebilde giebt, welche ohne Personen im eigentlichen Sinne zu sein, doch fähig sind, Rechte zu erwerben und zu verlieren, m. a. W. Subjekte von Rechten zu sein. Wie diese Gebilde zusammengesetzt sind, welche Stellung sie im Rechtsverkehr einnehmen, ist aus dieser Theorie nicht zu entnehmen.

Eine tiefere Auffassung über das Wesen der juristischen Personen bekundet die Theorie von den subjektlosen Rechten, welche von Brinz durch seine Lehre „vom Zweckvermögen"[5]) auf die Spitze getrieben wurde. Dieselbe verwirft die Annahme der juristischen Person als einer besonderen Rechtspersönlichkeit und betrachtet das für deren Aufgaben bestimmte Vermögen als eine vom Recht gewollte besondere Vermögensart. Sie theilt die für das Recht in Betracht kommenden Vermögen in zwei Klassen ein, nämlich in solche, welche bestimmten physischen Personen angehören, und solche, welche einem bestimmten Zwecke dienen. Richtig ist nun allerdings, daß die Vermögen der im Privatrechtsverkehr auftretenden, der physischen Persönlichkeit entbehrenden Rechtsgebilde einem bestimmten Zwecke dienen müssen und daß sie außer diesem Zweck keine Bedeutung haben. Alles was diese Vermögen vermehrt und vermindert, vermehrt und vermindert sie im Hinblick auf den Zweck, dem sie dienen. Am deutlichsten zeigt sich

Handeln der Korporationen im Archiv für civilistische Praxis Bd. 14 S. 151 ff. Geschichtliches über diese Lehre findet sich vornehmlich bei Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht Bd. 3.

[3]) Zitelmann a. a. O. S. 9.

[4]) So sagt Randa in Siebenhaar's Archiv Bd. 15 S. 7 ff.: „Wir behaupten nicht, es ist kraft Rechtens ein Subjekt da, obgleich in Wirklichkeit keines vorhanden ist, wir sagen nur, es ist gerade so, als ob eines da wäre." Vergl. dagegen: Zitelmann a. a. O. S. 22 ff.

[5]) Pandekten Bd. 1 Abschn. 2 S. 979 ff.

dies bei den Stiftungen, nicht minder ist es aber auch bei den Korporationen und dem Fiskus der Fall. Die juristische Person wird durch den von ihr zu erfüllenden Zweck regiert, er ist das sie durchdringende Grundgesetz. Die Bedeutung des Zwecks für das Wesen der juristischen Person erkannt zu haben, ist das Verdienst dieser Lehre. Vergebens aber werden wird darin nach einer Erklärung dafür suchen, daß für diese Vermögen gehandelt wird und in welcher Weise diese an sich leblose Masse, das Vermögen, in die Außenwelt tritt.

Diese Einseitigkeit vermeidet die dritte Gruppe, bisweilen kurzweg als germanistische bezeichnet, welche, angeregt durch die mannigfachen Gebilde des deutschen Rechts,[6]) in den juristischen Personen einen wirklichen Organismus sieht, der sich nur rein äußerlich, nicht aber für das Recht von den physischen Personen unterscheide. Hat man doch sogar die civilrechtliche Deliktsfähigkeit der juristischen Personen auf diese Auffassung zu stützen versucht![7]) Diese Gruppe betont nun wieder zu sehr die handelnde Seite. Sie macht gar keinen Unterschied zwischen dem handelnden Menschen und der handelnden juristischen Person. Sie giebt der juristischen Person nicht nur volle Lebendigkeit, wie dem Einzelnen, sondern auch volle Freiheit des Handelns im Rechtsverkehr. Darin geht aber diese Theorie zu weit.

Mit Recht betont Jhering,[8]) daß das Interesse derjenigen Personen, welchen das keiner bestimmten physischen Persönlichkeit gehörende Vermögen dient, für die juristische Person bestimmend ist. Insofern irrt er aber, als er annimmt, daß nicht die juristische Person, sondern deren Mitglieder die eigentlichen Rechtssubjekte seien, welche

---

[6]) Zitelmann a. a. O. S. 53.

[7]) Curtius a. a. O. S. 164. — Daß juristische Personen für Vergehen und Versehen ihrer Beamten haften, wird gegenwärtig selbst im Gebiete des gemeinen Rechts — für das französische Recht ist dies ja unbestritten — vielfach angenommen; Curtius a. a. O. Note 7, v. Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tödtung eines Menschen 1883 S. 100 Text u. Note 12, sowie die dort zitirte Literatur und Rechtsprechung, Bolze a. a. O. S. 138. Nach einem Urtheile des Reichsgerichts vom 12. Dezember 1882 (Entsch. Bd. 8 S. 236) tritt diese Haftpflicht jedenfalls dann ein, wenn es sich um die Erfüllung der aus kontraktlichen Verhältnissen hervorgehenden und durch spezielle Gesetze auferlegten Verpflichtungen handelt. Auch der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich hat in § 46 diese Haftpflicht anerkannt. Vergl. dazu Motive Bd. 1 S. 102 ff.

[8]) Geist des römischen Rechts Bd. 3 I. S. 342 (3. Aufl.).

er als Destinatäre bezeichnet. Jene steht vielmehr diesen als selbstständiges Ganze gegenüber.

Daß es Rechtsgebilde gibt, welche, obgleich der physischen Persönlichkeit entbehrend, wie diese Rechte erwerben und verlieren können, zeigt der Blick auf das tägliche Leben. Ebensowenig, wie die physischen Personen, um privatrechtliche Bedeutung zu erlangen, wirklich Vermögen haben müssen, wenngleich dies fast immer der Fall sein wird, ebensowenig ist dies für jene Rechtsgebilde erforderlich. Dagegen müssen Beide vermögensfähig sein. Zur Bethätigung dieser Vermögensfähigkeit müssen sie handelnd in die Außenwelt treten können. Dies können aber nur physische Personen. Daraus folgt der wichtige Satz, daß die erwähnten Rechtsgebilde zu diesem Zwecke physische Personen haben müssen. Wir bezeichnen die Letztern als deren Organe. Als solche wollen und handeln sie für jene. Während aber der einzelne Mensch, wenn er im Privatrechtsverkehr seinen Willen äußert, in dieser Aeußerung und in seinen Rechtshandlungen völlig frei ist, ist der Wille dieser Organe bestimmt durch den Zweck, welchen die von ihnen vertretenen Rechtsgebilde zu erfüllen haben. Dieser Zweck ist das diese Rechtsgebilde regierende Gesetz und bildet die Grundlage der Vollmacht für die von ihren Organen vorzunehmenden Handlungen.[9]) So wird z. B. das Organ eines Rechtsgebildes, welches die Unterstützung eines bestimmten Personenkreises bezweckt, nur Angehörigen dieses Kreises Unterstützung gewähren und falls diese einer andern Person zugewendet wird, das Rechtsgebilde gegen letztere eine Bereicherungsklage anstellen können. Die Organe jener werden daher nur insoweit berechtigt und verpflichtet, als ihre Vollmacht reicht. Diese Vollmacht wird vielfach ohne Weiteres, vielfach auch bis zum Erbringen eines Gegenbeweises, vermuthet. Doch ist dies nur von prozessualer Bedeutung. Der Grundsatz, daß die Organe der mehrerwähnten Rechtsgebilde, ohne eine durch deren Zweck bestimmte, Vollmacht nicht handeln können, wird dadurch nicht berührt. Solche Rechtsgebilde heißt man in der Rechtssprache: juristische Personen. Deren Elemente sind nach Obigem:

---

[9]) Da die Begehung von Delikten niemals zu den Zwecken einer juristischen Person gehören kann, so können im Prinzip deren Organe sie nicht dadurch verpflichten. Die darauf bezüglichen Gesetze sind daher nur als Ausnahmebestimmungen zu erachten, welche im Interesse des Verkehrs getroffen wurden und daher strictissimi zu interpretiren sind.

1. die Fähigkeit zum Vermögenserwerb;
2. das Vorhandensein von aus Menschen bestehenden Organen;
3. ein bestimmter Zweck.

Nach Zerlegung der juristischen Personen in ihre Elemente ist auch deren Begriffsbestimmung nicht schwierig. Juristische Personen sind demnach:

„Rechtsgebilde, welche fähig sind, Vermögen zu erwerben und zu besitzen, und aus Menschen bestehende Organe haben, welche für sie Rechtshandlungen nach Maßgabe des von diesen Gebilden zu erfüllenden Zweckes vorzunehmen berufen sind."

Damit also ein Rechtsgebilde als juristische Person erscheinen kann, muß es: Vermögen erwerben können, Organe und einen bestimmten Zweck haben.[10] Dies ist bei den verschiedenen Arten der juristischen Personen: den Korporationen, Stiftungen und dem Fiskus der Fall. Die Vermögensfähigkeit der juristischen Personen bedarf wohl kaum einer Auseinandersetzung. Diese bezieht sich ebensogut auf den Besitz wie den Erwerb und Verlust von Gütern. Auch die Stiftungen können zu dem vorhandenen Vermögen noch dazu erwerben. Man denke nur an die Admassirung der Zinsen und die natürliche Werthsteigerung des vorhandenen Stiftungsvermögens.

Als Organe der Korporationen erscheinen deren Vorstände oder Ausschüsse. Die Stiftungsorgane sind die Administratoren der Stiftungen und nicht die Stipendiaten. Diese sind der Stiftung gegenüber Dritte und haben als solche nur ein klagbares Recht auf Gewährung ihrer Benefizien.[11] Die Organe des Fiskus sind die zum Abschluß von Rechtsgeschäften und zur Vertretung in Prozessen berufenen Fiskalbehörden.[12]

Der Zweck der Korporationen ist ein so mannigfaltiger, wie diese selbst. Derjenige der Stiftungen ist gegeben durch den Willen

---

[10]) Nach den Gesetzen verschiedener Staaten wird für die juristische Person staatliche Genehmigung verlangt. Die Nothwendigkeit derselben ergiebt sich nicht aus dem Wesen der juristischen Person, sondern ist eine im Interesse des öffentlichen Wohls getroffene Bestimmung.

[11]) Vgl. hierzu die interessanten Ausführungen bei Bolze a. a. O. S. 188.

[12]) Gewöhnlich pflegt man als Fiskalbehörden nur diejenigen Behörden zu bezeichnen, welche den Fiskus vor Gericht zu vertreten berufen sind. Indessen kann man diesen Namen auch Behörden beilegen, welche Privatrechtsgeschäfte für den Fiskus abschließen.

des Stifters. Der Zweck des Fiskus ist das Nutzbarmachen des Privatrechtsverkehrs für den Staat. Wie der Staat eine Einheit bildet, so auch sein Privatrechtssubjekt der Fiskus.[13]) Wie aber der Staat eine Reihe von Aufgaben zu erfüllen hat, so muß auch der Fiskus diesen einzelnen Aufgaben entsprechend im Privatrechtsverkehr auftreten. Daraus erklärt sich die Gliederung desselben. In diesem Sinne kann man von einem Post=, einem Eisenbahn=, einem Militär= rc.=Fiskus sprechen. Jede dieser stationes fisci hat ihre Fiskalorgane, welche zwar durch Rechtshandlungen das Vermögen des Staates als solches vermehren oder vermindern, rechtsverbindliche Handlungen aber nur über die ihrer speziellen Verwaltung unterstellten Theile des Staatsvermögens treffen können.[14]) Aber auch innerhalb der Fiskalorgane eines und desselben Zweiges der Staatsverwaltung findet sich wieder eine Gliederung und es sind nicht alle Fiskalorgane befugt, die gleichen Rechtshandlungen für den ihrer Verwaltung unterstellten Theil des Fiskalvermögens vorzunehmen. Die Befugniß zur Vornahme der einzelnen Rechtshandlungen bestimmt sich nach den Aufgaben, welche die einzelnen Fiskalorgane zu erfüllen haben und wozu sie als besonders befähigt erscheinen. So kann es z. B. vorkommen, daß ein Fiskalorgan aus dem von ihm geschlossenen Rechtsgeschäfte keinen Prozeß führen darf, sondern dies einem anderen Fiskalorgan überlassen muß, welches seinerseits zum Abschluß des betreffenden Rechtsgeschäfts nicht zuständig ist.

Auf diese für unsere Frage höchst wichtigen Sätze wird im Folgenden zurückgekommen werden. Vorher ist jedoch noch die geschichtliche Entwickelung des deutschen Militärfiskus seit dem Nikolsburger Frieden zur Darstellung zu bringen.

B.

Zur Zeit des alten Deutschen Bundes wurden von jedem Einzelstaate die Kosten seines Heerwesens selbst bestritten. Gemeinsame Einrichtungen bestanden in den Bundesfestungen. An den

---

[13]) Urtheil des Reichsgerichts vom 4. Oktober 1880. (Entsch. Bd. 2 S. 400.)

[14]) Aus diesem Grunde erscheint auch die Kompensation von Forderungen der verschiedenen stationes fisci als unzulässig, wie es in l. 1 cod. de compens. 4, 31 heißt: propter confusionem diversorum officiorum. Unter demselben Gesichtspunkte ist gleichfalls die Widerklage gegen eine klagende Behörde unstatthaft, wenn der durch die Widerklage geltend gemachte Anspruch nicht zum Ressort der klagenden Behörde gehört. — A. M. Löning in der Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 4 S. 48.

Immobilien und Mobilien derselben gab es kein Eigenthum des Bundes, sondern nur ein Gesammteigenthum der in einem Sozietätsverhältniß zueinander stehenden Staaten. Dies änderte sich jedoch bei dessen Auflösung. Behufs Auseinandersetzung des Eigenthums an den Festungsgegenständen traten am 15. Oktober 1866 Bevollmächtigte des zu gründenden Norddeutschen Bundes, der vier Süddeutschen Staaten, Oesterreichs und Luxemburgs zusammen.[15]) Der Antheil der beiden letztgenannten Staaten wurde in Geld festgestellt und im Juli 1867 an sie ausbezahlt. Bezüglich der Rechtsverhältnisse des Norddeutschen Bundes und der Süddeutschen Staaten wurde dagegen Folgendes bestimmt. An dem beweglichen Inventar in den Festungen: Landau, Mainz, Rastatt und Ulm wurde der Antheil eines jeden Staates zwar ebenfalls ermittelt, jedoch verabredet, daß vorläufig das condominium zwischen dem Norddeutschen Bunde und den vier Süddeutschen Staaten noch fortdauern und durch diejenige Regierung, in deren Besitz sich dasselbe befindet, verwaltet werden sollte. Das bewegliche Inventar in Mainz ging jedoch ganz in die Verwaltung Preußens über, welchem das Besatzungsrecht dortselbst ausschließlich zustand. Das Eigenthum an den Immobilien in den Festungen gelangte mit dem Besatzungsrechte an diejenigen Staaten, in deren Gebiet die Festungen lagen, ausgenommen Mainz, wo Preußen Eigenthümer der Immobilien wurde.[16])

Nachdem Preußen noch am 7. Februar 1867 mit Sachsen[17]) und am 7. April desselben Jahres mit Hessen[18]) Militärkonventionen geschlossen hatte, welche jedoch in die Bundesverfassung keine Aufnahme fanden, erfolgte mit dem 1. Juli 1867 die Gründung des Norddeutschen Bundes. Dessen Verfassung enthält in Abschnitt 9 wichtige Bestimmungen für unsere Frage, welche, wenngleich allgemein bekannt, der Vollständigkeit halber und zum leichtern Ver-

---

[15]) Vgl. darüber Thudichum, Staatsrecht des Norddeutschen Bundes 1870. S. 4 ff.

[16]) Die Eigenthumsverhältnisse in der Festung Luxemburg wurden durch den Londoner Vertrag vom 11. Mai 1867 geregelt. Sie kommen hier weiter nicht in Betracht, da bekanntlich das Großherzogthum Luxemburg weder dem Norddeutschen Bunde, noch später dem Deutschen Reiche beitrat und überdies die Festung zufolge jenes Vertrages geschleift wurde. Näheres bei Thudichum a. a. O. S. 47 und die dort zitirte Literatur.

[17]) Thudichum a. a. O. S. 383. Fröhlich: Die Verwaltung des deutschen Heeres. 1885. Bd. 1 S. 16.

[18]) Thudichum a. a. O. S. 397.

ständniß des Folgenden hier in Kürze rekapitulirt werden sollen. Nach Art. 58, dem zweiten dieses Abschnittes, sind die Kosten und Lasten des gesammten Kriegswesens von allen Bundesstaaten und ihren Angehörigen gleichmäßig zu tragen, so daß weder Bevorzugungen noch Prärogativen einzelner Staaten oder Klassen grundsätzlich zulässig sind. Art. 62 B.V. bestimmt, daß zur Bestreitung des Aufwandes für das gesammte Bundesheer und die zu demselben gehörigen Einrichtungen bis zum 31. Dezember 1871[19]) dem Bundesfeldherrn jährlich sovielmal 225 Thaler zur Verfügung zu stellen sind, als die Kopfzahl der Friedensstärke nach Art. 60 B.V. (scil. 1 % der Bevölkerung) beträgt. Zufolge Art. 63 B.V. wird die gesammte Landmacht des Bundes ein einheitliches Heer bilden, welches im Krieg und Frieden unter den Befehlen des Königs von Preußen steht. Die weitern Bestimmungen dieses Artikels, sowie Art. 64 B.V. handeln von den Rechten, welche aus dem Oberkommando sich ergeben. Ferner muß Art. 65 B.V. hier Erwähnung finden, welcher dem Könige von Preußen das Recht einräumt, Festungen innerhalb des Bundesgebiets anzulegen und sich von den gesetzgebenden Faktoren des Bundes, soweit das Ordinarium nicht ausreicht, die Mittel hierzu sich bewilligen zu lassen. Was endlich die Ersparnisse am Militär-Etat anlangt, so fallen dieselben jederzeit der Bundeskasse zu. Diese sporadischen Bestimmungen über das Militärwesen, welche in die Finanzhoheit der Einzelstaaten eingreifen, erhalten ihr Korrelat durch Art. 12 der Verfassung, der von den Bundesfinanzen handelt. Auch dieser Abschnitt enthält nur Direktiven, wie der vorige. Art. 69 desselben bestimmt, daß die Einnahmen und Ausgaben des Bundes für jedes Jahr veranschlagt und auf den Bundeshaushalts-Etat gebracht werden müssen. Art. 70—73 B.V. geben dann die allgemeinen Grundsätze für den Bundeshaushalt an. Art. 70 B.V. bestimmt zunächst, wie sich die Einnahmen zusammensetzen, und setzt subsidiarisch die Verpflichtung der Einzelstaaten zur Zahlung von Matrikularbeiträgen fest. Art. 71 B.V. handelt vom Bewilligungsrechte, Art. 72 von der Rechnungslegung und Art. 73 B.V. gestattet in Fällen eines außerordentlichen Bedürfnisses die Aufnahme einer Anleihe und Uebernahme einer Garantie zu Lasten des Bundes. Für die Entwickelung eines selbständigen Bundesvermögens und die Schaf-

---

[19]) Durch verschiedene Gesetze weiter verlängert; zuletzt durch Gesetz vom 11. März 1887 auf sieben Jahre.

fung besonderer Bundesfiskalorgane ist noch Art. 17 B.V. von Wichtigkeit, wornach die Anordnungen und Verfügungen des Bundespräsidiums im Namen des Bundes erlassen werden und zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung des Bundeskanzlers bedürfen, welcher dadurch die Verantwortlichkeit übernimmt.

Von Wichtigkeit für unsere Frage ist noch, daß Preußen sich von allen Staaten des Norddeutschen Bundes mit Ausnahme von Sachsen, den beiden Mecklenburg und Braunschweig auf Grund von Militärkonventionen[20]) die Verwaltung der Kontingente übertragen ließ.

Nun kam der deutsch-französische Krieg und durch ihn die Gründung des deutschen Reichs. Die Bundesverfassung wurde unter Vornahme der nöthigen redaktionellen Aenderungen zur Reichsverfassung. Jene ist übrigens mit Ausnahme des Verhältnisses von Württemberg und Bayern zum Reiche für das Heerwesen maßgebend geblieben. Die Badischen und Hessischen Truppen, desgleichen diejenigen der beiden Mecklenburg kamen auf Grund der Konventionen vom 25. November 1870, 13. Juni 1871 und 19./23. Dezember 1872 unter preußische Verwaltung.[21]) Braunschweig folgte im Jahre 1886 nach.

Eine modifizirte Anwendung findet die Reichsverfassung auf das Kontingent des Königreichs Württemberg, indem dieselbe dort nur nach näherer Bestimmung der Militärkonvention vom 21./25. November 1870 Geltung hat. Für fiskalische Verhältnisse ist besonders Art. 12 der Konvention von Wichtigkeit, wornach aus der von Württemberg dem Reiche nach Art. 62 R.V. zur Verfügung zu stellenden Summe der Aufwand für die Unterhaltung seines Armeekorps einschließlich Neuanschaffungen, Bauten, Einrichtungen 2c. in selbstständiger Verwaltung, sowie sein Antheil an den gemeinschaftlichen Einrichtungen des Gesammtheeres bestritten wird. Ersparnisse, welche unter voller Erfüllung der Bundespflichten als Ergebnisse der obwaltenden besonderen Verhältnisse möglich werden, verbleiben zur Verfügung Württembergs. Nach Art. 13 Konv. tritt dieser Einzelstaat in den Etat und die Abrechnung des Reichsheeres ein. Kosten für Ver-

---

[20]) Thudichum a. a. O. S. 397.

[21]) Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches Bd. 3a S. 34. Fröhlich a. a. O. S. 19 ff. Die sämmtlichen Militärkonventionen finden sich abgedruckt in den Militärgesetzen des deutschen Reichs mit Erläuterungen, herausgegeben auf Veranlassung des Kgl. Pr. Kriegsministeriums 1877.

stärkungen seiner Truppen durch Einziehen der Beurlaubten, sowie Kriegsformationen derselben und deren Mobilmachung trägt die Reichskasse.

Wesentlich verschieden hiervon sind die Bestimmungen, welche auf Grund des Bündnißvertrages vom 23. November 1870 mit Bayern verabredet wurden. Darnach behält dieser Staat sein selbständiges Heer unter eigener Verwaltung, das nur im Kriegsfalle den Befehlen des Kaisers Folge zu leisten hat. Ferner verbleibt Bayern das Eigenthumsrecht am gesammten beweglichen und unbeweglichen Militärgut, was, wie später dargethan wird, den übrigen Einzelstaaten nicht verblieben ist, sondern vielmehr auf das Reich überging. Auch kein Etat wird von Reichswegen für Bayern aufgestellt; es wird nur im Reichsbudget für dessen Kontingent ein Geldbetrag nach dem Verhältniß von 1 pCt. seiner Bevölkerung ausgeworfen. Die Verausgabung wird durch von Bayern aufzustellende Spezialetats geregelt, für welche der Etat für das Reichsheer die allgemeine Richtschnur bildet, Art. 2—4 Bündn.-Vertr. In den bereits vorhandenen Festungen verbleibt Bayern das Eigenthum an den zu denselben gehörigen beweglichen und unbeweglichen Gegenständen. Dagegen wurde bezüglich der Neuanlage von Festungen, welche Bayern auf seinem Gebiete im Interesse der gesammtdeutschen Vertheidigung im Wege jeweiliger Vereinbarung zugestehen wird, ausgemacht, daß die Kosten hierfür von Bayern in dem seiner Bevölkerungszahl entsprechenden Verhältniß gleichmäßig mit den übrigen Einzelstaaten getragen werden. Nach Art. 14 § 2 des Schlußprotokolls steht Bayern auch an den zu den neu angelegten Befestigungen gehörigen Immobilien das Eigenthum zu, während das mobile Material derselben Eigenthum des Reiches wird.

Von Bedeutung für die Entwickelung des zu militärischen Zwecken bestimmten Reichsvermögens ist die Verwendung der von Frankreich gezahlten Kriegsentschädigung, indem davon verschiedene Beträge zur Gründung von Fonds im Interesse des Heeres und seiner Angehörigen entnommen wurden. Es sind dies der im Thurme von Spandau ruhende Kriegsschatz (Ges. vom 11. November 1871), der Invalidenfond (Militärpensionsgesetz vom 27. Juni 1871), der Reichsfestungsbaufond (Ges. vom 30. Mai 1873) und der Fond für Ausstattung der Truppenkassen, welcher im Militär-Etat von 1872 ausgeworfen wurde.[22]) Als oberstes Fiskalorgan für die drei zu-

---

[22]) Laband, Staatsrecht Bd. 3 S. 217.

erst erwähnten Fonds erscheint der Reichskanzler, welchem die obere Leitung von deren Verwaltung zusteht. Für die Verwaltung des Reichsinvalidenfonds wurde eine dem Reichskanzler unterstehende selbständige Behörde geschaffen, welche die Verwaltung des Festungsbaufonds mit zu besorgen hat. In den Reichsgesetzen finden sich als Militärfiskalorgane angeführt: die oberste Verwaltungsbehörde des Kontingents, gegen welche nach § 116 Militärpensionsgesetz die aus demselben herrührenden Ansprüche einzuklagen sind, und die Kommandantur der Festungen, welche gemäß § 42 des Festungsrayonsgesetzes den Reichsfiskus bei den auf Grund dieses Gesetzes erhobenen Entschädigungsklagen vertritt.[23]) Außerdem werden in den Verordnungen vom 2. September 1875 und 11. Juli 1878 die Intendanturen der Armeekorps als die Organe des Reichsfiskus für die nach § 14 Ges. vom 13. Februar 1875 über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden zu gewährenden Entschädigungen bezeichnet.[24])

Am wichtigsten für die Lehre vom deutschen Militärfiskus ist jedoch das Gesetz vom 25. Mai 1873[25]) über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauch einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände, worin mit Ausnahme des bayerischen Fiskalvermögens zu militärischen Zwecken das gesammte bewegliche und unbewegliche Militärgut zum Reichseigenthum erklärt wird.

C.

I. Das Vermögen des Reichs zerfällt, wie dasjenige eines jeden Staates, in die zur Erfüllung der Staatszwecke bestimmten Geldmittel (Finanzvermögen) und die der Erfüllung spezieller Zwecke gewidmeten Gegenstände (Verwaltungsvermögen).[26]) Das dem Militärwesen gewidmete Verwaltungsvermögen heißt: Militärgut, wovon allein im Folgenden gehandelt werden soll.

Nach Art. 62 R.V. ist mit Ausnahme von Bayern das gesammte Heerwesen des deutschen Reichs aus dessen Mitteln zu erhalten. Demnach müssen auch logischer Weise dem Letztern das Eigenthum und die dinglichen Rechte an allen militärischen Zwecken ge-

---

[23]) Vgl. dazu R.G. vom 16. Dezember 1885 (Entsch. Bd. 15 S. 34).

[24]) Reincke in Gruchot's Beiträgen Bd. 23 S. 483.

[25]) Vgl. über die Rechtsverhältnisse vor Einführung dieses Gesetzes die interessante Arbeit von Laband in Hirth's Annalen 1873 S. 408 ff., insbesondere S. 422 ff.

[26]) Laband, Staatsrecht Bd. 3 S. 217.

widmeten Gegenständen zustehen, wie dies auch ausdrücklich im Reichseigenthumsgesetz[27]) vom 23. Mai 1873[28]) bestimmt ist. Dies gilt ebenfalls für das in Württemberg befindliche Militärgut,[29]) weil der Aufwand für dessen Kontingent, wie derjenige für die andern Kontingente, aus Reichsmitteln bestritten wird. Daran ändert der Umstand nichts, daß die Ersparnisse am Militär-Etat für das Württembergische Armeekorps diesem Staate verbleiben. Das Reich bestreitet zunächst die Kosten für jenes aus den von Württemberg dem Kaiser zur Verfügung gestellten Beträgen. Sind letztere ungenügend, dann gewährt das Reich die nöthigen Zuschüsse aus andern Fonds, ergeben sich dagegen Ueberschüsse, dann verbleiben diese Württemberg.

Das Eigenthum bezw. die dinglichen Rechte am Militärgut wurden dem Reiche mit dem Momente erworben, in welchem die Militärverwaltung in jedem Einzelstaate aus Mitteln des Reichs ihren Anfang nahm. Bei der Berathung des Reichs-Eigenthumsgesetzes war man der Meinung, dasselbe habe einen deklarativen Charakter. Abgesehen davon, daß dies schon aus der Natur der Sache folgt, spricht auch noch der Umstand dafür, daß dem Gesetze rückwirkende Kraft beigelegt wurde.[30])

Die Zeit des Eintrittes eines Einzelstaates in den Norddeutschen Bund bezw. das Deutsche Reich ist für jenen Eigenthumserwerb maßgebend. Bei den Staaten des ehemaligen Norddeutschen Bundes ist dies der 1. Juli 1867, an welchem Tage die Bundesverfassung in Kraft trat. Zweifelhaft kann dies hinsichtlich Hessens sein. Die Provinz Oberhessen gehörte bekanntlich zum Norddeutschen Bund, während dies bei den räumlich davon getrennten Provinzen Starkenburg und Rheinhessen nicht der Fall war. Für dessen Militärverhältnisse war nicht die Bundesverfassung, sondern die Militärkonvention vom 7. April 1867 maßgebend. Die Kosten für das Hessische Kontingent wurden aus Landesmitteln bestritten. Nur war dieser Staat verpflichtet, den gleichen Betrag, der von jedem Staat des

---

[27]) Als solches wird dasselbe in den auf Veranlassung des Kgl. Pr. Kriegsministeriums herausgegebenen Militärgesetzen des deutschen Reichs mit Erläuterungen 2 Bde. 1877/78 bezeichnet.

[28]) Vgl. über dessen Rechtsgültigkeit Seydel in Behrend's Zeitschrift Bd. 7 S. 235 ff.

[29]) Seydel a. a. O. S. 235. Laband, Staatsrecht Bd. 3 S. 224 Note 3.

[30]) Stenographische Berichte S. 374. — Dagegen Seydel a. a. O. S. 235.

Norddeutschen Bundes nach dem Verhältniß seiner Bevölkerung gemäß Art. 60 und 62 B.V. dem Könige von Preußen zur Verfügung zu stellen war, auf sein Heerwesen zu verwenden, einen prozentualen Beitrag zur Erhaltung der gemeinschaftlichen Anstalten zu bezahlen und den eventuell sich ergebenden Ueberschuß nach Verhältniß der Bevölkerung Oberhessens zur Bundeskasse abzuführen.[31]) Daß das gesammte bewegliche Material, sowie die Gebäude und Militärgrundstücke der Festung Mainz nicht in das Eigenthum Hessens übergingen, wurde bereits (S. 167) erwähnt. Für die Verhältnisse vom 1. Januar 1872 ab waren Art. 20 und 21 der Militärkonvention vom 13. Juni 1871 maßgebend. Darnach wurde das Reich Eigenthümer des gesammten beweglichen Militärguts, an dem unbeweglichen dagegen hatte dasselbe laut der Konvention nur den Nießbrauch. Daran wurde auch durch das Gesetz vom 25. März 1873 nichts geändert. Denn dasselbe wollte keine neuen Rechtsverhältnisse entgegen besonderer Verabredung erzeugen. Wie es in der Konvention heißt, sollten kraft ausdrücklicher Uebereinkunft mit dem Hessischen Staate die Truppen nur den Nießbrauch an den militärischen Gebäuden und Grundstücken haben. Die Konvention wurde zwar zwischen Preußen und Hessen, jedoch mit der Wirkung geschlossen, daß die dinglichen Rechte, mithin auch jenes Nießbrauchsrecht, nicht auf Preußen, das zur Zeit des Abschlusses dieses Vertrags bereits kein Militärgut mehr hatte, sondern vielmehr auf das Reich übergingen. Unter den in der Konvention erwähnten Grundstücken sind nur diejenigen gemeint, welche damals von den Truppen benutzt wurden. Auf später erworbene Grundstücke bezieht sich jene natürlich nicht. Was über Hessen gesagt wurde, muß auch für Baden gelten, weil die mit diesem Staate abgeschlossene Militärkonvention die gleichen Bestimmungen über das Militärgut, wie die Hessische, enthält.

Das Reich ist hinsichtlich des Militärgutes Singularsuccessor der Einzelstaaten.

Daraus folgt, daß:

1. das Eigenthum und die dinglichen Rechte, die den Einzelstaaten an dem Militärgut zustanden, nicht aber diejenigen Rechte, welche Gemeinden, Korporationen und Stiftungen[32]) oder Private daran hatten, auf das Reich übergingen,

---

[31]) Thudichum a. a. O. S. 401.

[32]) Dahin gehört u. A. das große Militärwaisenhaus in Potsdam, welchem eine selbständige juristische Persönlichkeit verliehen wurde.

2. die auf dem Militärgut der Einzelstaaten haftenden Privilegien an das Reich kamen.[33]) Ausdrücklich anerkannt ist dies in § 1 Abs. 2 Ges. vom 25. Mai 1873 bezüglich der Befreiung von Grund- und Gebäudesteuern. Bestritten ist die Frage wegen der Kommunalsteuern.[34]) Aus obigem Prinzipe folgt jedoch, daß in den Staaten, in denen das Militärgut von Gemeindesteuern frei blieb, diese Freiheit auch den auf das Reich übergegangenen, Militärzwecken gewidmeten Gegenständen verblieben ist und umgekehrt, da wo das Landesmilitärgut zur Besteuerung herangezogen wurde, dies auch beim Reichsmilitärgut der Fall ist.

Wenn auch bezüglich der Privilegien die über den Reichsfiskus in den verschiedenen Staaten geltenden Rechtssätze verschieden sind, so können dieselben trotzdem von den Landesregierungen im einzelnen Falle nicht abgeändert werden, ebensowenig, wie die auf das Reich übertragenen Hoheitsrechte. Man will zwar dem Einzelstaate gestatten, Privilegien, welche dem auf seinem Territorium befindlichen Reichsgute anhaften, abzuändern oder aufzuheben.[35]) Doch, wie mir scheint, mit Unrecht. Wie Laband selbst zugibt, ist mit dem Uebergange eines Theiles des Landesfiskus auf das Reich der erstere gespalten worden.[36]) Der eine Theil ist Landesfiskus und damit das Landesfiskalvermögen dem Lande verblieben, der andere Reichsfiskus geworden und damit dieser Theil des Fiskalvermögens an das Reich gelangt. Dieser ist behaftet geblieben mit den bisherigen Privilegien,[37]) wurde aber der Verfügungsgewalt des Einzelstaates entzogen. Die Befugniß des Einzelstaates zur Abänderung der auf den von ihm an das Reich abgetretenen Grundstücken haftenden Privilegien müßte zur Voraussetzung haben, daß das Reich hinsichtlich dieser Grundstücke der Territorialhoheit dieses Einzelstaates unterworfen wäre. Dies ist aber mit dessen Verhältniß zu den Einzelstaaten nicht vereinbar und ergibt sich auch nicht aus der Natur des Bundesstaates. Denn wenn hier die Sou-

---

[33]) Reincke a. a. O. S. 491. Laband, Staatsrecht Bd. 3b S. 198.

[34]) Vgl. über diese Frage: Laband, Staatsrecht Bd. 3b S. 200. Erläuterungen zu § 1 Note 6.

[35]) Laband in Hirths Annalen 1873 S. 412 und Staatsrecht Bd. 3b S. 197. Reinke a. a. O. S. 496.

[36]) a. a. O. S. 412.

[37]) Die privilegia fisci stehen dem Fiskalvermögen nur in seiner Eigenschaft als Fiskalvermögen zu. Verliert es diese, dann auch die Privilegien.

veränität auch durch die Gesammtheit der Einzelstaaten ausgeübt wird, und verschiedene Hoheitsrechte, insbesondere die Militärhoheit, nur zum Theil auf das Reich übergingen, so würde daraus noch nicht die Befugniß des Einzelstaates zu einer Belastung des Reichsgutes sich ergeben. Die Duldung einer solchen Belastung durch das Reich, insofern sie nicht durch ein Reichsgesetz ausdrücklich zugestanden wird, ändert an der rechtlichen Lage nichts.

3. das Reich in alle Obligationsverhältnisse des Militärfiskus eines jeden Einzelstaates als Gläubiger, wie als Schuldner eingetreten ist. Daß die neuen Obligationen, welche von oder mit der Militärverwaltung eingegangen wurden, sich **nur** auf das Reichsfiskalvermögen beziehen, bedarf keiner Erläuterung. Ausdrücklich anerkannt sind diese Sätze im Reichsmilitärgesetz vom 29. Juni 1871, in § 34 des Festungsrayonsgesetzes vom 21. Dezember 1871, in § 2 des Gesetzes für Kriegsleistungen vom 13. Juni 1873 und § 9 des Gesetzes für Friedensleistungen vom 13. Februar 1875.

Schwierigkeiten bietet die Frage, ob in denjenigen Einzelstaaten, in denen der **Eigenthumsübergang durch Eintragung in die öffentlichen Bücher** erfolgt, diese Eintragung für das Reich hierfür nothwendig erscheint. Indeß geschah der Rechtserwerb durch das Reich nicht auf Grund eines privatrechtlichen Uebertragungsgeschäfts, sondern als Folge eines staatsrechtlichen Aktes, nämlich der Uebertragung des größten Theiles der Militärhoheit auf das Reich. Man wird daher auch nicht fehlgehen, wenn man, etwa analog der Zwangsenteignung,[38]) auch für den Uebergang der Militärgrundstücke vom Einzelstaat auf das Reich den Rechtserwerb ipso jure und unabhängig von der Eintragung in die öffentlichen Bücher eintreten läßt. Hingegen wird aus Gründen der allgemeinen Rechtssicherheit die Militärverwaltung zur Eintragung verpflichtet[39]), und derjenige, welcher durch deren Unterlassung geschädigt wurde, gegen jene eine Schadensersatzklage anzustellen befugt sein.

Das Reichseigenthumsgesetz gilt ferner nur für diejenigen Grundstücke, welche zur **Zeit des Uebergangs** des einzelstaatlichen Heerwesens in seinen wichtigsten Beziehungen **auf das Reich** von den Truppen benutzt wurden, **nicht** aber für **spätere Erwerbungen**,

[38]) Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 2 S. 166, Text und Note 3. Roth, Deutsches Privatrecht Bd. 3 S. 249, Text und Note 74; und S. 338 Text und Note 45.

[39]) Erl. zu § 2 Ges. Nr. 6. Laband, Staatsrecht Bd. 3b S. 225.

mögen diese auch als Ersatz für andere von dem betreffenden Staate auf das Reich übergegangene und von diesem wieder aufgegebene Grundstücke erfolgt sein.[40])

Außerdem findet das Gesetz *keine Anwendung* auf folgende, *militärischen Zwecken* gewidmete Grundstücke:

1. welche nach den in den einzelnen Bundesstaaten geltenden Bestimmungen der Benutzung des Staatsoberhauptes oder der Apanagirung der Mitglieder des regierenden Hauses gewidmet sind;

2. dem Einzelstaat nur miethweise oder sonstwie auf bestimmte Zeit oder auf Widerruf überlassen waren;

3. aus deren Erlös die zur Erwerbung oder Bebauung eines im Besitze der Militärverwaltung befindlichen Grundstückes von einem Bundesstaate gemachten Ausgaben nach den darüber getroffenen Bestimmungen zu ersetzen sind;

4. welche bei dem Uebergange an die Militärverwaltung militärischen Zwecken nicht unmittelbar dienten, sondern mit diesen insofern in einem Zusammenhang standen, als die aus den Grundstücken fließenden Einkünfte von der Militärverwaltung verrechnet wurden. Diese Bestimmung ist nicht ohne Schwierigkeiten. Denn nach dem Wortlaute sollte man annehmen, daß z. B. ein von der Militärverwaltung verpachtetes Gebäude nicht Eigenthum des Reichsfiskus geworden wäre. Nach den Erläuterungen[41]) wäre aber diese Bestimmung dahin zu verstehen, daß aus dem *alleinigen* Bezuge der Nutzungen durch die Militärverwaltung die Eigenschaft eines Grundstückes als Militärgut noch nicht gefolgert werden könne;

5. welche zu einem Theile von der Militärverwaltung, zum andern von einer Landescivilverwaltung benutzt wurden, sofern der letzteren die Mitbenutzung nicht lediglich auf eine bestimmte Zeit oder auf Widerruf oder miethweise eingeräumt ist. Die Mitbenutzung muß also eine *dauernde*[42]) sein, wozu die des eigentlichen Festungsterrains, welche mit Rücksicht auf die bei kriegerischen Ereignissen eintretenden Eventualitäten doch nur eine widerrufliche wird sein können, nicht gehört.[43]) Diese Bestimmung enthält ein den Einzelstaaten gewährtes beneficium und kommt daher bei den von Gemeinden oder Privaten mitbenutzten Grundstücken nicht zur Anwendung.

---

[40]) Erläuterungen zu § 2 Nr. 1 und § 6 Nr. 2.

[41]) Zu § 2 Ges. Nr. 6.

[42]) Erläuterungen zu § 2 Ges. Note 8.

[43]) Entsch. des Obertribunals Bd. 51 S. 94.



Zufolge des Grundsatzes, daß das Reich durch den Erwerb von Militärgrundstücken keine Bereicherung[44]), sondern nur eine bestimmungsgemäße Verwendung erzielen wollte, ist nach § 3 a. a. O., wenn aus solchen Grundstücken andere Nutzungen als Dienstwohnungen gezogen wurden, an denjenigen Staat, in dessen Eigenthum sie vorher standen, eine feste Geldrente abzuführen. — Aus dem gleichen Grunde soll, wenn von einem in das Eigenthum des Reiches übergegangenen Grundstücke bisher von dem Reiche für die Benutzung dieses Grundstückes ein bestimmter Entgelt bezahlt wurde, diese Zahlung weiter erfolgen. § 9 Ziff. 2 a. a. O. Ferner sollen alle Verfügungen, welche in Bezug auf diese Grundstücke vor dem 1. Januar 1873 getroffen wurden, aufrecht erhalten werden, und um die Rechte Dritter, namentlich der Staatsgläubiger, nicht zu beeinträchtigen, müssen die zur Wahrung dieser Rechte in den Landesgesetzen enthaltenen Bestimmungen auch vom Reiche erfüllt werden. § 9 a. a. O. Ziff. 1 u. 3.

Sehr eingehend ist in den §§ 5—7 unseres Gesetzes die Frage behandelt, was Rechtens ist, wenn ein den Diensten der Militärverwaltung gewidmetes Grundstück von dieser nicht mehr benutzt wird. Es wird hier unterschieden, ob für ein solches Grundstück ein Ersatz benöthigt wird oder nicht. Im ersten Falle ist das Reich zur Veräußerung des Grundstückes zwar befugt, jedoch soll aus dem Erlöse als Ersatz für dasselbe im Gebiete des Bundesstaates, welchem das veräußerte Grundstück entstammte, ein anderes Grundstück erworben bezw. eine andere Baulichkeit hergestellt werden. Dies gilt aber nur für die in das Eigenthum des Reichs übergegangenen Immobilien; bezüglich anderer dinglicher Rechte ist die Militärverwaltung nicht gebunden.[45]) Im andern Falle dagegen, wenn ein Ersatz nicht stattzufinden hat und das aufgegebene Grundstück sich auch nicht für die Zwecke der Marineverwaltung eignet, fällt dasselbe an den Bundesstaat zurück, welchem es vor seiner Erwerbung durch das Reich gehörte. § 7 Ziff. 1 a. a. O. In dieser Hinsicht ist es völlig gleichgültig, ob der betreffende Staat noch eine eigene Militärverwaltung besitzt oder nicht.

Das Grundstück fällt in dem Zustande an den Einzelstaat zurück, in welchem sich dasselbe zur Zeit des Rückfalles befindet, ohne daß

---

[44]) Erläuterungen zu § 3 Nr. 2.

[45]) Erläuterungen zu § 5 Nr. 2.

für Verbesserungen oder für Verschlechterungen von der ei
oder andern Seite irgend welcher Ersatz zu gewähren ist. § 6 a. a.
Ob auch Zukäufe von Grundstücken als Verbesserungen des
Rückfalle unterworfenen Grundstückes anzusehen sind, ist zweifelh
Nach den Erläuterungen[46]) wäre dies nicht der Fall. Die Frage
m. E. eine faktische und hängt deren Beantwortung wesentlich
dem Umfange des dazu erworbenen Grundstückes und der Anba
ab. Sind die letzteren derart, daß sie sich als selbständige
bäude verwenden lassen, dann gehen sie nicht mit dem alten
bäude auf den Einzelstaat über, erscheinen sie dagegen ihrer gan
Beschaffenheit nach als Annexe des heimfallenden Gr
stückes, dann trifft der Rückfall auch sie.

Bei der Einziehung von Befestigungen besteht die
sonderheit, daß die Rückgabe erst nach Vollendung der im Inte
der Landesvertheidigung nöthigen Einebnungsarbeiten gegen E
tung der Kosten stattfindet. § 7 Abs. 2. Diese Bestimmung w
getroffen, weil es im militärischen Interesse nicht angängig ersc
die Einebnungsarbeiten in die Hände der Civilverwaltung zu lege

§ 4 des mehrerwähnten Gesetzes, wornach die für einen Z
der Reichsverwaltung entbehrlich gewordenen Grundstücke für
Zwecke eines andern verwendet werden können, findet auf Mil
grundstücke keine Anwendung. Die §§ 10—12 des Gesetzes sind
die Eigenthumsverhältnisse ohne Bedeutung und werden daher
nicht erörtert.

II. Das Reichsmilitärgut wird jedoch von Behörden
Einzelstaaten verwaltet. Diese nehmen in dieser Eigenschaft
nur Staatsakte im e. S. vor, sondern sie schließen auch Privatr
geschäfte und führen Prozesse über Stücke des Reichsvermö
Dieser Umstand führte zu der Annahme, daß es keinen Reichsmi
fiskus gebe. Insbesondere ist Laband dieser Meinung. Er
nämlich:[48]) „Die Verwaltung der Militärangelegenheiten wird
Rechnung des Reichs geführt, der Militärfiskus ist aber nicht R
fiskus, sondern identisch mit dem Fiskus derjenigen Staaten, w

---

[46]) Zu § 6 Nr. 5.

[47]) Die Frage, wem das Eigenthumsrecht an den Festungsgrundstück
steht, würde nach dem Reichseigenthumsgesetz zu keinen solchen Streitig
führen, wie sie bei Einebnung der Basler Festungswälle sich erhoben. Vg
hierüber bestehende Literatur bei Windscheid, Pandekten § 146 Note 17.

[48]) Staatsrecht Bd. 3 S. 194.

eine selbständige Militärverwaltung haben." An einer andern Stelle seines berühmten Werkes[49]) heißt es: „daß die Ausdehnung des Gesetzes vom 25. Mai 1873 auf das Militärinventar durch die Gemeinsamkeit der Militärlasten mit Nothwendigkeit geboten war, unterliegt keinem Zweifel; juristisch aber entsteht hieraus die sonderbare Konsequenz, daß die mit eigener Militärverwaltung ausgestatteten Einzelstaaten zwar alle Rechtsgeschäfte der Heeresverwaltung führen und durch dieselben obligatorisch berechtigt und verpflichtet werden, daß überhaupt der Militärfiskus als Landesfiskus anzusehen ist, daß aber das Eigenthum an sämmtlichen zum Dienste der Heeresverwaltung bestimmten Gegenständen dem Reiche zusteht."

Allein wenngleich die Militärverwaltung durch Behörden der Einzelstaaten geführt wird, so treffen diese dennoch Verfügungen über dem Reiche gehörige Vermögensstücke und führen die Verwaltung nicht aus den Mitteln der Staaten, von denen sie bestellt sind, sondern aus Mitteln des Reichs, was, wie gezeigt wurde, auch von Laband zugegeben wird. Sie berechtigen und verpflichten demnach auch nicht durch den Abschluß von Rechtsgeschäften den Einzelstaat, sondern das Reich. So kauft z. B. ein Kgl. Sächs. Proviantamt Lebensmittel nicht für das Königreich Sachsen, sondern für das Reich an, mögen auch diese Lebensmittel zum Verzehr durch Sächsische Truppen bestimmt sein. Auch verfolgt die Militärverwaltungsbehörde eines Einzelstaates nicht selbständige Zwecke dieses Staates, sondern Reichszwecke, indem, wie das Kontingent einen Theil des Reichsheeres, so die Kontingentsverwaltung einen Theil der Verwaltung des Reichsheeres bildet. Die Kontingentsbehörden verwalten daher auch nicht das Kontingent wie ein völlig selbständiges Heer, sondern als einen Theil des Reichsheeres. Wohl bezeichnen sich die Kontingentsverwaltungen als Landesbehörden, erlassen ferner Verwaltungsverfügungen im Namen des Kontingentsherren,[50]) welchem ihre Beamten auch in dienstlicher Beziehung unterstehen, sind aber thatsächlich Reichsverwaltungen. Was sie zu verwalten haben, ist Reichsgut, das Interesse, das sie bei ihrer Thätigkeit zu leiten hat, ist das Reichsinteresse, und kommt für sie das Landesinteresse nur soweit in Betracht, als es sich mit jenem deckt. Dies gilt nicht nur für Preußen

[49]) Bd. 3 S. 224.

[50]) Vgl. über das Verordnungsrecht der Kontingentsherren Laband, Staatsrecht Bd. 3 S. 20 ff.

und Sachsen, sondern auch für Württemberg. Denn wenn auch Ersparnisse diesem Staate zu Gute kommen, so geschieht dies doch nur sehr bedingt, weil jene erst nach voller Erfüllung der Bundespflichten eintreten können.[51]) Damit das Reichsgut von den Landesbehörden gehörig verwaltet und das Reichsinteresse richtig gewahrt werde, unterliegen sie auch der Reichskontrole, welche durch den Rechnungshof in Potsdam ausgeübt wird.[52])

Als Reichsverwaltungen schließen aber die Kontingentsbehörden auch Rechtsgeschäfte für das Reich ab und vertreten dasselbe in Prozessen, erscheinen somit als Reichsfiskalorgane. Hat aber das Reich Militärgut und Militärfiskalorgane, so muß es auch in Sachen der Militärverwaltung, selbst wenn es sich um Angelegenheiten der Kontingente handelt, als selbständiges Rechtssubjekt in den Privatrechtsverkehr treten und Prozesse führen können, mithin der Militärfiskus als Reichsfiskus erscheinen. Dies wurde auch jüngst vom Reichsgericht in einem Urtheile vom 9. März 1888[53]) anerkannt, indem in demselben ausdrücklich ausgesprochen wurde, daß die Kontingentsverwaltungen den Reichsmilitärfiskus sowohl beim Abschluß von Rechtsgeschäften, als auch im Prozeß zu vertreten befugt sind.

Die Militärbehörden der Einzelstaaten können jedoch nicht alle Angelegenheiten der Heeresverwaltung besorgen, indem eine Reihe von Verwaltungssachen ihrer Natur nach über die Kontingente hinausgehen, ferner verschiedene dem Gesammtheere gemeinsame Institute existiren und die Festungen ebenfalls dem Reiche unmittelbar unterstehen. Es frägt sich nun, wer ist in diesen Fällen als Verwaltungsbehörde anzusehen? Man muß hier davon ausgehen, daß nicht nur das Kommando, sondern auch die Verwaltung des Heeres ihre oberste Spitze im Oberbefehl haben müssen, da beide in lebendiger Wechselwirkung zu einander stehen. Die Einheitlichkeit des Oberbefehls verlangt die Einheitlichkeit der obersten Verwaltung und deren Vereinigung in derselben Hand. Verfügungen über Verwaltungsangelegenheiten des ganzen Heeres erscheinen darum auch als Verfügungen des Oberkommandanten. Nach Art. 63 R.V. ist dies der Kaiser und müssen demnach alle die oberste Leitung der Mili-

---

[51]) Laband, Staatsrecht Bd. 3 S. 59 Text u. Note 3.

[52]) Laband a. a. O. S. 58.

[53]) Entsch. Bd. 20 S. 148 ff.; vgl. dazu: Archiv für öffentliches Recht Bd. 4 S. 147 ff., wo auch die Vorentscheidungen abgedruckt sind.

tärverwaltung betreffenden Verfügungen von ihm ausgehen. Kraft dieser Machtvollkommenheit hat nun der Kaiser das Königlich Preußische Kriegsministerium als oberste Verwaltungsbehörde für die gemeinsamen Heeresangelegenheiten und die Festungen aufgestellt. In dieser Eigenschaft muß dasselbe auch berufen sein, die auf jene gemeinsamen Institute und die Festungen bezüglichen Rechtsgeschäfte abzuschließen und Prozesse zu führen, mithin als Fiskalorgan des Reichsmilitärfiskus erscheinen.

Nach einem Urtheile des Reichsgerichts vom 13. Juni 1882[54]) wäre aber der Reichskanzler ausschließlich zur Vertretung des Reichsfiskus in Prozessen über Festungsgegenstände berufen. Der Rechtsstreit, in welchem jenes Urtheil erging, betraf ein in der Festung Ulm gelegenes Militärgrundstück. Das Kgl. Pr. Kriegsministerium erhob die Klage, weil nach einer Vereinbarung zwischen Preußen, Bayern und Württemberg vom 16. Juni 1874 die Verwaltung der auf württembergischer Seite befindlichen Festungsgegenstände dem preuß. Kriegsministerium unterstellt ist. Das Reichsgericht nahm aber diese Verordnung nicht als eine reichsrechtliche Norm an, weil dieselbe der Gegenzeichnung des Reichskanzlers entbehre. Allerdings kommt es im vorliegenden Falle auf jene Uebereinkunft, welche ihrer Natur nach als Staatsvertrag und nicht als Reichsverordnung erscheint, nicht an, und kann man sich darum auch nicht für die Eigenschaft des preuß. Kriegsministeriums als Fiskalorgan darauf berufen. Diese ergiebt sich vielmehr aus der ihm vom Kaiser übertragenen Verwaltung der Festungen (s. oben). Das preuß. Kriegsministerium ist aber ebensowenig wie irgend eine andeee Militärbehörde weder direkt noch indirekt dem Reichskanzler unterstellt, mithin auch nicht verpflichtet, ihm das zur Prozeßführung über Festungsgegenstände erforderliche Material zu übergeben. Ohne die freiwillige Mitwirkung des preußischen Kriegsministeriums kann also der Reichskanzler auch nicht dem Richter das Sach- und Streitverhältniß vortragen und ist darum nicht in der Lage, in Prozessen als Fiskalorgan aufzutreten. Daß nur solche Behörden in Prozessen als Fiskalorgane auftreten können, welche mit den in dem betreffenden Rechtsstreite in Betracht kommenden thatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen genau vertraut sind, liegt in der Natur der Sache.

---

[54]) Entsch. Bd. 8 S. 1 ff.

Nach dem soeben Gesagten ist es auch nicht schwierig, den allgemeinen Gerichtsstand des Reichsmilitärfiskus zu bestimmen. Nach § 20 C.P.O. wird derselbe durch den Sitz des zur Prozeßführung berufenen Fiskalorgans bestimmt. Bei Prozessen über gemeinsame Heeresangelegenheiten ist dies das Königlich Preußische Kriegsministerium, über Festungsgegenstände die Kommandantur. Nach § 42 Rayonsges. wäre sie dies jedenfalls bei Entschädigungsansprüchen aus diesem Gesetze. Die Annahme liegt nahe, daß diese Bestimmung nicht als Ausnahmebestimmung, sondern vielmehr als Ausfluß des Prinzips anzusehen ist, daß diejenige Behörde vor Allem als Fiskalorgan in Prozessen aufzutreten berufen erscheint, welche am besten in der Lage ist, dem Richter die zur Entscheidung nöthigen rechtlichen und thatsächlichen Momente an die Hand zu geben.[55]) Daß aber die Kommandantur dies am ehesten kann und daher zur Vertretung im Prozeß besonders geeignet erscheint, dürfte wohl nicht zu bezweifeln sein. In Prozeßsachen der Kontingente sind wie bereits erwähnt wurde, deren Verwaltungsbehörden die zur Prozeßführung berufenen Fiskalorgane. In Preußen sind dies die Intendanturen (K.M. vom 12. Januar 1827 und Erlaß vom 6. Januar 1838), desgleichen in Württemberg (Erlaß vom 31. Dezember 1875) und in Sachsen das Kriegsministerium. Bezüglich der Rechts-

---

[55]) Auch im folgenden Falle wäre die Kommandantur der Festung Straßburg, vielleicht auch das Preußische Kriegsministerium, unter keinen Umständen aber der Reichskanzler, wie das Oberlandesgericht Colmar in einem Urtheile vom 9. Januar 1888 (Jur. Zeitschrift für Elsaß-Lothringen Bd. 13 S. 123) annimmt, als das zur Prozeßführung berufene Fiskalorgan vorzuladen gewesen. Eine Sächsische Patrouille wurde von einem Sächsischen, auf einem Fort der Festung Straßburg stationirten Offizier beauftragt, bei einer in der Nähe des Forts zwischen Soldaten und Civilisten entstandenen Rauferei die Ordnung wiederherzustellen. Die Patrouille gab Feuer und verwundete einen Civilisten. Der Beschädigte behauptete ein Verschulden der die Patrouille bildenden Sächsischen Soldaten und klagte gegen den Sächsischen Militärfiskus. Klage und Berufung wurden abgewiesen. Die Soldaten waren im Festungsdienst, indem sie im Umkreise der Festung die Ruhe wiederherstellen sollten. Kommittent ist hier der Kaiser, die Soldaten sind préposés im Sinne des Art. 1384 c. c. Der für Ausschreitungen im Festungsdienst haftende Zweig des Fiskus ist der Reichsmilitärfiskus, als dessen Organ, da es sich um den Festungsdienst handelt, die Kommandantur erscheint. Die Haftpflicht des Reichs in diesem Falle gründet sich auf die ausdehnende Interpretation des Art. 1384 c. c. durch das Reichsgericht (vgl. Urtheile vom 8. Mai 1882 u. 2. November 1886. Zeitschr. für französisches Civilrecht Bd. 18 S. 51).

streitigkeiten aus dem Pensions- und dem Friedensleistungsgesetz s. diese Abhandlung S. 171.

D.

Als Resultat vorstehender Untersuchung ergeben sich folgende Sätze:

I. Der deutsche Militärfiskus ist — Bayern ausgenommen — Reichs- und nicht Landesfiskus.

II. Demnach ist:

1. Das Vermögen des Militärfiskus Reichsvermögen, die Forderungen und Verbindlichkeiten des Militärfiskus sind: Forderungen und Verbindlichkeiten des Reichs.

2. Die Organe des Militärfiskus sind, sofern es sich um Angelegenheiten der Kontingente handelt, zwar Landesbehörden, handeln aber beim Abschluß von Rechtsgeschäften und bei Vertretung in Prozessen nicht für das Land, sondern das Reich und erscheinen darum auch nicht als Organe des Landesfiskus, sondern des Reichsfiskus. Die Stellung dieser Organe als Landesbehörden hat nur einen dienstlichen, nicht aber administrativen Charakter. Sie stehen in Diensten des Landes und verwalten das Vermögen des Reichs.

Insofern es sich um gemeinsame Angelegenheiten und um Festungen handelt, ist nicht der Reichskanzler Fiskalorgan, sondern es sind dies das mit der Oberleitung der Heeresverwaltung betraute Königlich Preußische Kriegsministerium und die ihm unterstellten Festungskommandanturen.

3. Der Zweck der Schaffung eines deutschen Militärfiskus besteht nicht darin, den Einzelstaaten, sondern vielmehr dem Reiche in Angelegenheiten seines Militärgutes den Privatrechtsverkehr zu ermöglichen.

III. Bayern hat, wie sein Heerwesen mit selbständiger Verwaltung, auch seinen Militärfiskus als Theil des Landesfiskus behalten.

7.

Die Reichspostverwaltung ist auch im Geltungsbereich des französischen bürgerlichen Gesetzbuchs für Verfehlungen ihrer Beamten über die Grenzen des Reichspostgesetzes und der Postordnung hinaus civilrechtlich nicht verantwortlich.

Gesetz vom 28. Oktober 1874 über das Postwesen des Deutschen Reichs §§ 6, 8, 12, 50, 51. — Postordnung vom 8. März 1879 § 20. Code civil art. 1384. Urtheil des II. Civilsenats des Reichsgerichts vom 17. Juni 1887 in Sachen S. u. S. wider Reichsfiskus, vertreten durch die Oberpostdirektion zu Straßburg. Rep. II 72/87.

Von Herrn General-Post-Direktionsrath a. D. Schmidt in Kassel.

Das in der Ueberschrift bezeichnete Urtheil des Reichsgerichts,[1]) wonach die Postanstalt verpflichtet sein soll, dem Absender eines Postauftrags zur Einholung von Wechselakzepten den durch Fälschung der Akzepte und die falsche Bescheinigung des Briefträgers über den Vollzug der Akzepte zugefügten Schaden im Belauf von 2834,95 M. zu ersetzen, erkennt an, daß diese Verpflichtung sich nicht aus dem Vertragsverhältnisse des Absenders zur Postanstalt herleiten lasse, nimmt dagegen an, daß dieselbe auf Grund des Artikels 1384 des Code civil begründet erscheine. Denn[2]) es ergebe das Postgesetz selbst keinen genügenden Anhalt dafür, daß für die Gebiete des französischen Rechts eine Haftung der Post für außervertragsmäßiges Verschulden ihrer Bediensteten auf den Grund des Art. 1384 a. a. O. ausgeschlossen sei, weil sich nicht erkennen lasse, daß an die Bestimmung dieses Artikels bei Erlaß des Postgesetzes gedacht worden sei.

Diese Annahme des Reichsgerichts dürfte bedenklich erscheinen. Es dürfte im Gegentheil nicht zu gewagt sein zu behaupten, daß

I. der Art. 1384 C. c. auf das Rechtsverhältniß der Postverwaltung zu ihren ausführenden Beamten überhaupt nicht anwendbar sei;

II. selbst wenn dies auf Grund genauerer Kenntniß des französischen Rechts dennoch anzunehmen, daß der genannte Artikel der Postverwaltung gegenüber durch das Reichspostgesetz für die durch dies Gesetz geregelten Haftpflichtsfälle aufgehoben ist;

III. daß die Anwendung des gedachten Artikels auch auf Postaufträge zur Einholung von Wechselakzepten ausgeschlossen ist in

---

[1]) R.G.E. in Civils. Bd. 19 S. 101—8.

[2]) S. insbesondere Nr. II des Urtheils S. 107/8.

Gemäßheit des Spezialvertrags, welcher auf den Grund des § 20 XII der Postordnung vom 8. März 1879 zu Stande kommt.

Zu I. Das Reichsgericht hat jede Begründung der Anwendbarkeit des Art. 1384 auf die Postanstalt und ihre Beamten für überflüssig erachtet, dieselbe mithin als selbstverständlich platzgreifend ohne Weiteres angenommen.

Nichts desto weniger dürften gegen diese Annahme doch einige Bedenken bestehen.

Der Art. 1384 soll eine generelle Rechtsnorm sein, welche alle unter ihren Wortlaut fallende Vollmachts- bezw. Vertragsverhältnisse beherrscht.[3]) Der Absatz 3 dieses Artikels lautet:

„Les maitres et les commettants (sont responsables) du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés;“

Zunächst nöthigt nun der Wortlaut dieses Artikels nicht dazu, denselben auch auf die Beamten der Postanstalt insbesondere die Briefträger für anwendbar zu erachten. Denn wenn auch unter den Beamten der französischen Postanstalt „préposés“ vorkommen, so können doch die Briefträger (Facteurs) hiermit nicht gemeint sein, da das Wort „préposé“ einen „Vorsteher“, Vorgesetzten, lat. „praepositus“ bezeichnet, die Briefträger aber Niemandem übergeordnet sind. Auch wäre alsdann unterlassen, alle übrigen höher graduirten Beamten (als die préposés) insbesondere die Directeurs mit dem Wortausdruck des Artikels zu treffen.

Sodann aber steht der Anwendbarkeit des gedachten Artikels auf die Post entgegen, daß auch der Grund des Gesetzes, „es müsse ein Verschulden des commettant bei Annahme des préposé vermuthet werden“,[4]) bei der Postverwaltung ihren Beamten speziell auch Unterbeamten gegenüber nicht zutrifft. Wie bekannt, muß die Annahme der Postunterbeamten von Seiten der Postverwaltung aus dem Kreise der civilversorgungsberechtigten Militäranwärter erfolgen und findet erst dann statt, wenn die völlige Unbescholtenheit und Tadellosigkeit des Vorlebens der Bewerber mit fast peinlicher Genauigkeit festgestellt ist.[5])

Auch aus der Literatur lassen sich nach dem, was dem Ver-

[3]) R.G.Entsch. in Civils. Bd. 10 S. 302.

[4]) Prof. Mayer in Straßburg in den Verhandlungen des 17. Juristentags Bd. 1 S. 132.

[5]) Laband, Reichsstaatsrecht 1. Ausg. B. 2 S. 357/8 N. 6.

fasser hierüber bekannt geworden ist, keine Belege dafür anführen, daß die Postverwaltung für Verfehlungen ihrer Beamten bei Ausübung ihrer Dienstfunktionen nach dem gedachten Artikel einzustehen hat. Vielmehr wird dem Anscheine nach bei der Haftbarkeit des Staats für seine Untergebenen unterschieden zwischen der Haft für Dienstleute (domestiques) und Beamte. Die erstere wird unbedingt bejaht, hinsichtlich der letzteren wird dagegen auf mehrere angezogene Aufsätze, sowie hinsichtlich der Post auf das Reichspostgesetz verwiesen.[6])

Sodann ergiebt die Praxis, insbesondere ein Urtheil des Reichsgerichts, daß dieser Gerichtshof keineswegs unbedingt die Vorschriften des Art. 1384 C. c. auf den Staat und die Gemeinden, deren Bedienstete durch ihr Verschulden Schaden verursachen, für anwendbar hält.[7]) Es handelte sich um einen Fall, wo eine Gemeinde wegen Verschuldens des Pfandgerichts (Gemeinderaths) auf Grund des Art. 1384 in Anspruch genommen wurde. Die Gemeinde hat zwar das Pfandgericht zu errichten, nicht aber demselben Weisungen zu geben und dasselbe zu überwachen. Die Haftpflicht der Beklagten wurde vom Reichsgericht abgelehnt. Dieser Fall ist nun allerdings von dem vorliegenden insofern verschieden, als die Postanstalt bezw. die zunächst dem Briefträger vorgesetzte Behörde diesem auf deßhalbige Anfrage in einzelnen Fällen Weisungen oder Belehrungen zu ertheilen und dessen Dienstführung im Allgemeinen zn überwachen hat. Dessen ungeachtet dürfte die viel weiter ausholende Begründung dieses Urtheils dazu zu verwerthen sein, um auch für Fälle der hier in Rede stehenden Art die Anwendbarkeit des Art. 1384 für ausgeschlossen zu erachten. Denn das Reichsgericht hebt in der Begründung hervor, daß der préposé in jenem Fall sein Amt nach gesetzlichen Vorschriften zu verwalten habe, welche seinen Geschäftskreis zu einem in sich abgeschlossenen und selbständigen gemacht. Ganz dasselbe trifft nun aber auch bei dem Briefträger gegenüber seinem commettant zu. Derselbe empfängt eine nach Maßgabe der Gesetze, reglementären Bestimmungen und sonstigen Verwaltungsvorschriften gefertigte Dienstinstruktion und hat hiernach sein Amt selbständig zu verwalten und zwar in dem

---

[6]) Zachariä Puchelt Bd. 2 § 447 N. 5 und 6. Die Gutachten des Reichsgerichts-Raths Dr. Dreyer und des Prof. Mayer zu Straßburg in den Note 4 zitirten Verhandlungen S. 72—125 und S. 125—137 ergeben speziell über die Haftpflicht des Staats für seine Beamten nicht Bemerkenswerthes.

[7]) R.G.Entsch. in Civilsachen Bd. 10 S. 286/7.

Maße, daß seinen diensteidlichen Bescheinigungen über die bewirkte Bestellung bis zum Nachweis des Gegentheils Glauben beizumessen ist,[8]) und daß der Briefträger, wenn er eine falsche Bescheinigung ausstellt, als ein Beamter zur Strafe gezogen wird, welcher zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt ist, um innerhalb seiner Zuständigkeit rechtlich erhebliche Thatsachen (nämlich die Annahme der Wechsel durch die Bezogenen) zu beurkunden.[9]) Gerade dies selbstständige Funktioniren des Beamten innerhalb seiner Zuständigkeit scheint mir das entscheidende die Ausschließung einer Haftpflicht der vorgesetzten Behörde begründende Moment zu sein. Denn eben dieser Umstand macht es der letzteren geradezu unmöglich, irgend eine Einwirkung oder eine soweit gehende Kontrole des Briefträgers hinsichtlich der Ausführung der einzelnen diesen obliegenden dienstlichen Verrichtungen auszuüben, welche denselben, wenn er die Ge- und Verbote seiner Dienstanweisung und des Strafgesetzes hintansetzt, verhindern könnte, das Geschäft ordnungswidrig zu vollziehen — und dennoch wahrheitswidrig den ordnungsmäßigen Vollzug zu bescheinigen. Es liegt hier, wie mir scheint, ganz der nämliche Fall vor, wie derjenige ist, wenn Jemand einem von ihm unabhängigen Meister eine Arbeit überträgt, welche dieser nach *seinem* Ermessen nach den Regeln seiner Kunst und Wissenschaft auszuführen hat. Gerade so wie im letzteren Fall das Reichsgericht die Anwenbarkeit des Art. 1384 verneint hat, sollte man denken, müßte dasselbe dies bei näherer Erwägung auch in Fällen der vorliegenden Art thun. Dies um so mehr, wenn man einen weiteren Ausspruch des Reichsgerichts in Betracht zieht, welcher dahin geht: „Der Art. 1384 faßt die Haftbarkeit des Geschäftsgebers als eine quasideliktische auf, indem er die Verantwortlichkeit für die genannten Untergebenen derjenigen für eigene unerlaubte Handlungen an die Seite stellt und Dienstherrn und Angestellte wie eine Einheit betrachtet, die von letzteren innerhalb ihres Geschäftskreises begangenen Handlungen daher gewissermaßen wie Handlungen der Dienstherrn selbst diesen zurechnet.[10]) Einen Artikel, der auf einer solchen Auffassung beruht, auf die höheren das Reich vertretenden Postverwaltungsbehörden anwenden zu wollen, dies erscheint doch sicher in hohem Grade bedenklich.

---

[8]) Zu vergl. Reichspostgesetz § 47 und dazu Dambach Kommentar Anm. 1 u. 2.

[9]) Vergl. das hier fragl. Urtheil R.G.Entsch. Bd. 19 S. 102.

[10]) R.G.Entsch. Bd. 19 S. 384.

Schließlich sei noch hervorgehoben, daß die deutschen Richter gegenüber dem Vorgehen der französischen Doktrin und Jurisprudenz, welche den Auftraggeber sogar für das, was nur gelegentlich der Ausführung geschieht, haften läßt, geneigt sind, den Art. 1382—1386 gegenüber unvergleichlich schüchtern, d. h. wohl sehr vorsichtig zu Werke zu gehen.[11]) Dies hat offenbar seinen Grund darin, daß diese Sätze des französischen Rechts dem deutschen Rechtsbewußtsein wenig entsprechen, weshalb auch der Entwurf zum deutschen Civilgesetzbuch[12]) die Vorschrift des Art. 1384 C. c. als zu streng bei Seite gelassen und die außervertragsmäßige (aquilische) Haftpflicht für das Verschulden Dritter den deutschen Rechtsanschauungen gemäß geregelt hat.

Hiernach wird die Hoffnung nicht aufzugeben sein, daß das Reichsgericht bei der Entscheidung ähnlicher Rechtsstreite in Zukunft die Anwendbarkeit des Art. 1384 nicht für ganz unzweifelhaft ansehen, jedenfalls seine Ansicht über dessen Anwendbarkeit näher begründen wird.

Der Erörterung des zweiten zu beweisenden Satzes gehe folgende Bemerkung vorher:

In welchem Maße die Post aus ihren Verträgen mit dem Publikum zu haften hat bezw. Gewähr leistet, dies ergiebt sich hinsichtlich der für die Post wichtigsten Geschäfte aus dem zweiten Abschnitt des Reichspostgesetzes selbst und zwar aus dessen §§ 6—15; hinsichtlich der im Postgesetz nicht erwähnten weiter übernommenen Geschäftszweige dagegen aus der ergangenen Postordnung vom 8. März 1879 an der Stelle, wo dieser neue Geschäftszweig im Ganzen abgehandelt wird. Diese verschiedene Regelung der Haftpflicht einmal durch das Gesetz und daneben durch das Reglement macht eine getrennte Behandlung beider rechtlich verschiedenen Fälle nothwendig. Obschon nun der hier in Frage stehende vom Reichsgericht entschiedene Rechtsstreit nur einen Fall der zweiten Art (die Haft nach § 20 XII. der Postordnung) zum Gegenstande hat, habe ich doch auch den ersten Fall (die Haft nach dem Reichspostgesetzt selbst) mit in den Kreis dieser Betrachtungen aufnehmen zu müssen geglaubt, weil, wenn das Urtheil des Reichsgerichts zu-

---

[11]) Mayer (Note 4) S. 133.

[12]) Zu vergl. §§ 711 u. 712 des Entw. und Motive Bd. 2 S. 736.

treffend wäre, die Postanstalt auch in den letzteren Fällen auf Grund des Art. 1384 C. c. weit über das vom Reichsgesetz festgesetzte Maß hinaus in Anspruch genommen werden könnte. So würde z. B. im Gebiet des französischen Rechts nach Art. 1384 in den gar nicht seltenen Fällen einer Werthangabe weit unter dem wirklichen Werth der in der Sendung eingeschlossenen Beträge die Postanstalt diese letzteren ganz ersetzen müssen, vorausgesetzt daß die Sendung durch die Schuld oder Untreue eines Beamten abhanden gekommen ist. Für die Fälle, wo die Gewährleistung durch das Postgesetz selbst geregelt worden, ist nun die Haftpflicht der Postanstalt lediglich nach diesem Gesetz und nicht darüber hinaus unzweifelhaft, wenn nachgewiesen werden kann, daß der Art. 1384 C. c. durch die in dem Reichspostgesetz gegebenen Haftpflichtbestimmungen für aufgehoben zu erachten ist.

II. Der Artikel 1384 muß aber durch das Reichspostgesetz für aufgehoben angesehen werden, weil

1. dies Gesetz ein umfassendes Spezialgesetz ist, weil

2. dieses Gesetz ein Reichsgesetz ist über eine lediglich den Gesetzen und Vorschriften des Reichs unterstehende Reichsverkehrsanstalt und

3. weil in dem Reichspostgesetz alle bisherigen allgemeinen und besonderen Bestimmungen über Gegenstände, worüber dasselbe verfügt, ausdrücklich aufgehoben worden sind.

Zu II 1. Das Reichspostgesetz vom 28. Oktober 1871 ist aus dem Postgesetz für den Norddeutschen Bund vom 1. November 1867 entstanden und dies Gesetz wieder aus dem preußischen Postgesetz vom 5. Juni 1852.

Bis zum Inslebentreten des letzteren Gesetzes war die Haftpflicht der Postanstalt in Preußen im allgemeinen Recht insbesondere im Allgemeinen Landrecht[13]) nach den Grundsätzen über das Rezeptum der Schiffer 2c. geordnet. Da jedoch der Postverkehr wegen seines immer mehr zunehmenden Umfangs und der erstrebten immer größeren Beschleunigung insbesondere aber wegen der inzwischen durch die Eisenbahnen eingetretenen Umwälzung im Landtransportwesen viel Eigenthümliches darbot, so ließ sich die Analogie des Schiffergewerbes und des Postverkehrs länger nicht durchführen.

---

[13]) Vergl. insbes. A.L.R. II Tit. 15 § 157 und Meier in Holtzendorff's Encyclopädie Bd. II b S. 249 sowie Förster-Eccius pr. Recht Bd. I S. 637 Note 33.

Insbesondere war es nothwendig geworden, für die von der Postanstalt zu leistende Garantie nunmehr vom allgemeinen Recht abweichende selbständige Normen festzusetzen. Indem dies die neue Postgesetzgebung und zwar zunächst das preußische Postgesetz vom 5. Juni 1852 that, hielt man dabei den zweifachen Gesichtspunkt fest, einerseits daß jede weitläufige und in ihrem Resultat unsichere Ausmittelung möglichst erspart bleibe und das Publikum auf möglichst einfachem Weg zum Ersatz seines Schadens gelange, andererseits daß unter Beseitigung aller engherzigen fiskalischen Interessen die Verantwortlichkeit der Postverwaltung dem Publikum gegenüber soweit ausgedehnt werde,. als dies geschehen könne, ohne den Staat einer ganz ins Ungewisse gehenden Verpflichtung zu unterwerfen.[14]) Das in diesem Sinne entworfene erste Spezialgesetz über das preußische Postwesen vom 5. Juni 1852 zeichnete sich so sehr durch Präzision und Vollständigkeit aus, daß dasselbe, wie erwähnt, der Ausgangspunkt für die fernere Postgesetzgebung wurde. In Folge dessen gingen seine Normen hinsichtlich der Haftpflicht mit den inmittelst nothwendig gewordenen, dem Publikum noch größere Vortheile bietenden Verbesserungen zunächst in das Bundespostgesetz vom 1. November 1867 und sodann in das Reichspostgesetz vom 28. Oktober 1871 über. Damit ist also ein Spezialgesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs gegeben, in dessen zweiten Abschnitt die Grundsätze über die Haftpflicht der Postanstalt den Absendern gegenüber in umfassendster Weise ihre Regelung gefunden haben. Derartige Spezialgesetze werden, wie aus dem Gesagten hervorgeht, eben zu dem Zweck und in Fällen gegeben, wo das allgemeine Recht keine passenden Normen für das betreffende Rechtsinstitut ergiebt, also beseitigt werden soll. Die Wirksamkeit eines solchen Spezialgesetzes wird mithin treffend gekennzeichnet mit den Worten: „Ein älteres dem allgemeinen Recht angehöriges Gesetz hört auch dann selbst ohne eine ausdrückliche Erklärung auf, wirksam zu sein, wenn das neue Gesetz für ein bestimmtes Rechtsinstitut ausschließliche Geltung beansprucht, so daß in demselben eine Kodifikation aller das Institut

---

[14]) Stephan, Geschichte der preußischen Post S. 685. — Unter den großen Vorzügen, welche die Haftpflicht einer Staats- bezw. Reichspostanstalt vor derjenigen privater Beförderungsanstalten bietet, ist auch noch hervorzuheben, daß die erstere dem Absender einen zweifellos solventen Garanten bietet, vgl. die Motive zum Postgesetz des Norddeutschen Bundes im 2. Band der Verhandlungen des Reichstags des Bundes S. 32.

betreffenden Regeln enthalten ist.[15]) Wie sehr dies von dem Reichspostgesetz zu gelten hat, fällt schon bei einer Durchsicht des zweiten von der Haftpflicht handelnden Abschnitts sofort in die Begriffe, so daß bei ihm nicht, wie dies wohl bei anderen neugeregelten Instituten der Fall sein mag, Zweifel darüber entstehen können, ob eine frühere Rechtsregel von ihm mitgetroffen wird oder nicht. Denn in dem gedachten zweiten Abschnitt wird nicht bloß die Haftpflicht in eingehendster Weise geregelt, sondern auch an allen Orten[16]) eine weiter gehende als die dort zugesicherte Ersatzleistung durch die präziseste Fassung schlechthin abgelehnt.

Es muß also hier im vollem Maße die Rechtsparömie Anwendung finden nicht bloß „lex posterior derogat priori", sondern insbesondere auch „lex specialis derogat generali".

Wie sehr auch das französische Recht von jeher von einer gleichen Rechtsauffassung geleitet worden ist, geht aus dem hervor, was Sirey[17]) schon im Jahre 1827 zu Art. 1384 bemerkt hat. „La responsabilité des maîtres pour le fait de leurs domestiques telle qu'elle est établie par le Code civil Art. 1384 ne s'applique pas aux matières reglées par les lois speciales telles que les delits dans les forêts de l'état Administr. forest. 13. 1. 1815 Cassation." Wenn hiernach schon der Karakter des Postgesetzes als eines Spezialgesetzes der Annahme irgend einer weiter gehenden Verpflichtung der Postanstalt als der im Postgesetz ausdrücklich übernommenen entgegen steht, so ergiebt sich die Aufhebung des Art. 1384 womöglich noch unzweifelhafter und mit noch zwingenderer Nothwendigkeit aus der Eigenschaft des Postgesetzes als eines Reichsgesetzes.

Zu II 2. Es kommen hier zunächst die nachfolgenden Bestimmungen der Reichsverfassung in Betracht.

Der Art. 48 der R.V. bestimmt, daß das Postwesen auf dem gesammten Gebiete des Reichs als eine einheitliche Verkehrsanstalt eingerichtet und verwaltet werden soll. Der Art. 4 Nr. 10 in Verbindung mit Art. 52 Abs. 2 unterwirft das Postwesen der Reichsgesetzgebung und der Art. 2 Satz 1 schreibt vor, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen.

---

[15]) Eccius, 5. Ausg. des preuß. Rechts Bd. I § 9 bei Note 12.

[16]) Man vergl. § 6 letzter Absatz, § 8 erster Absatz, §§ 9, 10 in Verbindung mit § 12 des Reichspostgesetzes.

[17]) Sirey „les cinq codes annotés" Note 10 zu Art. 1384.

Hieraus ergeben sich die nachstehenden rechtlichen Folgerungen: Eine Reihe von Gegenständen, wozu namentlich die Reichsverkehrsanstalten gehören, unterliegen der ausschließlichen Kompetenz des Reichs. Alle diese Gegenstände sind ihrer Natur nach nicht der Rechtssphäre eines einzelnen Staats unterworfen, sondern setzen die Verbindung der Einzelstaaten zu der höheren Einheit des Reichs voraus. Sie können daher auch nur von dieser höheren Einheit ihre rechtliche Normirung erhalten.[18]) Hat nun das Reich eine Materie vollständig ordnen wollen, gleichviel ob es dieses Ziel in befriedigender Weise erreicht hat oder nicht, so hat dasselbe durch ein solches Gesetz die von ihm normirte Rechtsmaterie der einzelstaatlichen Autonomie entrückt.[19]) Um so gewisser erscheint die Anwendung eines Landesgesetzes neben einem Reichsspezialgesetz gänzlich ausgeschlossen, wenn, wie dies vorliegend durch das Reichspostgesetz hinsichtlich der Haftpflicht der Reichspostanstalt geschehen ist, die Rechtsmaterie durch das Reichsgesetz in vollständiger und abschließender Weise ihre Regelung empfangen hat.

Von dem nämlichen Grundsatze ist auch das Reichsgericht wiederholt ausgegangen.[20]) Wenn dasselbe in diesen Fällen, wo es sich um Rechtsstreitigkeiten über Vermögensansprüche gegen Reichsbeamte wegen Ueberschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen handelte, zu einem anderen Resultat gelangte, so hat dies, wie von dem Reichsgerichte in seinem Urtheile selbst ausgeführt ist, seinen Grund nur darin, daß der § 154 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 die ebenerwähnte Materie nicht so, wie dies im Reichspostgesetze hinsichtlich der Haftpflicht der Postanstalt geschehen, umfassend geregelt hat, vielmehr über die materiellen Voraussetzungen der fraglichen Ansprüche nichts bestimmt, also bezüglich des zu vertretenden Grades der Verschuldung den von einander abweichenden Vorschriften der Landesgesetze und somit auch des Art. 1384 des Code civil Raum gelassen hat. Da nun, wie oben hervorgehoben, die Reichsgesetze den Landes-

---

[18]) Laband, Reichsstaats-Recht 2. Ausgabe Bd. 1 § 59 S. 622a und Reichsgr.-Entsch. in Strafsachen Bd. 10 S. 222 Abs. 2 zweiter Satz.

[19]) Laband a. a. O. § 59 S. 619.

[20]) Vgl. Urth. des II. Civilsenats vom 4. November 1887 in S. Reichspostfiskus g. Reinert 1886/87 II. mitgetheilt in der juristischen Wochenschrift der Rechtsanwälte Jahrgang 1888 Seite 8, woselbst sich auch die Rubriken mehrerer anderer bezüglicher Urtheile angeführt finden.

gesetzen unbedingt vorgehen, so verlieren durch den Erlaß eines Reichsgesetzes alle landesrechtlichen Vorschriften ipso jure ihre Gültigkeit,[21]) welche mit dem Reichsgesetz in Widerspruch stehen. Daß der Art. 1384 des C. c. mit dem Reichsgesetz in Widerspruch steht, ist selbstredend und bereits oben näher ausgeführt.[22])

Der Art. 1384 muß um so mehr durch das Reichspostgesetz als beseitigt angesehen werden, als auch der Wille der Gesetzgebungsfaktoren ganz unzweifelhaft darauf gerichtet gewesen ist, nicht den bisherigen buntscheckigen Rechtszustand über die Haftpflicht der Postanstalt fortbestehen, sondern an dessen Stelle wie in den Einzelstaaten so auch im Reichsland Elsaß-Lothringen[23]) ein einheitliches Recht treten zu lassen.[24]) Diese Absicht des Reichs ist in unzweifelhaftester Weise in den Artikeln 48 und 52 Abs. 2 der Reichsverfassung ausgedrückt. Wenn nun aber bei Erlaß des Reichspostgesetzes vor allen Dingen der Zweck erstrebt ist, für das Postinstitut die Rechtseinheit herzustellen, so wäre selbst im Zweifelsfalle anzunehmen, daß die Ordnung des Postwesens durch das ergangene Gesetz in abschließender Weise habe erfolgen sollen, um so mehr also in dem Falle, wo sich, wie vorliegend, der gesetzgeberische Wille in so unzweifelhafter und prägnanter Weise ausgesprochen hat, wie im zweiten Abschnitt des Reichspostgesetzes.

Aus allem Diesem ergiebt sich:
daß nach dem Willen der Gesetzgebungsfaktoren und die Art und Weise, wie sie diesem Willen Ausdruck gegeben haben, der Art. 1384 des C. c. der Postverwaltung gegenüber durch das Reichspostgesetz aufgehoben worden ist.

Zu II 3. Dem zu II 2 Gesagten zufolge hätte es der Bestimmung des § 51 des Reichspostgesetzes, wodurch alle bisherigen allgemeinen und besonderen Bestimmungen über Gegenstände, worüber das gedachte Gesetz verfügt, aufgehoben werden, zur Beseitigung des Art. 1384 gar nicht einmal bedurft, indem Landesgesetze neben

---

[21]) Laband a. a. O. S. 616 u. 617.

[22]) Siehe oben Note 16.

[23]) Der Abschnitt VIII der Reichsverfassung btr. das Post- und Telegraphenwesen ist bereits durch kais. Verordnung v. 4. Oktober 1871 — s. R.G.Bl. von 1871 S. 443 — in Elsaß-Lothringen eingeführt worden, während die Reichsverfassung im Ganzen erst vom 1. Januar 1874 in Wirksamkeit getreten ist.

[24]) Siehe den Eingang der Motive zum Bundespostgesetz vom 1. November 1867 in dem zweiten Band der Verhandlungen des Norddeutschen Bundes Seite 29.

Reichsgesetzen, welche über der Reichsgewalt ausschließlich unterstellte Anstalten ergangen sind, keine Gültigkeit beanspruchen können.[25]) Da aber die Gesetzgebungsfaktoren des Reichs die ausdrückliche Aufhebung aller einschlagenden früheren Gesetze für erforderlich erachtet haben, so ist weiter zu sagen, daß wenn nicht schon die unter II 1 und II 2 erörterten Aufhebungsgründe durchschlügen, der Art. 1384 auch durch den § 51 a. a. O. als beseitigt angesehen werden müßte.

Das Reichsgericht hat sich, ohne irgendwie in Betracht zu ziehen, ob nicht der gedachte Artikel durch das R.Postgesetz mit Rücksicht auf dessen Natur als Spezialgesetz und Reichsgesetz aufgehoben worden sei, darauf beschränkt, den aus § 51 des RPostgesetzes sich ergebenden Aufhebungsgrund in Erwägung zu ziehen und dafür gehalten, die Aufhebung des mehrgedachten Art. 1384 durch den § 51 cit. verneinen zu müssen, weil die Materialien und Verhandlungen sowohl bezüglich des norddeutschen als des deutschen Postgesetzes nicht erkennen ließen, daß dabei auch an den Art. 1384 gedacht worden sei, und daß derselbe, sei es auch nur hinsichtlich der Ansprüche des Absenders gegenüber der Postverwaltung, habe außer Kraft gesetzt werden sollen.

Dem ist aber entgegen zu halten, daß nicht selten in umfassenderen neuen Gesetzen am Schluß die Formel gebraucht wird, durch das erlassene Gesetz sollten alle bisherigen Rechtsvorschriften, welche die darin geregelte Materie beträfen, aufgehoben werden.[26]) Auch im R.Postgesetz ist so verfahren, indem, wie mit Recht hervorgehoben ist,[27]) mit dem im § 51 gebrauchten Ausdruck „Gegenstände" dasselbe hat gesagt werden sollen, was z. B. in § 2 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch mit dem Worte „Materie" bezeichnet worden ist. Ferner ist, da der § 51 a. a. O. ausdrücklich alle bisherigen allgemeinen oder besonderen Bestimmungen beseitigt, gewiß, daß der Gesetzgeber nicht bloß die Gesetze und Verordnungen, welche speziell das Postwesen zum Gegenstand haben, sondern auch alle Bestimmungen des in den einzelnen Staaten und Rechtsgebieten geltenden allgemeinen Rechts, aus welchen sich eine weiter gehende Haftpflicht der Postanstalt als die durch das R.Postgesetz

---

[25]) Vgl. Reichsgr.Entsch. in Strafsachen Bd. 10 S. 223.

[26]) Laband R.St.R. 2. Ausg. Bd. I S. 620.

[27]) Dambach Kommentar z. R.PostG. § 51 Note 1 Abs. 2.

festgesetzte ergeben könnte, mit der verordneten Aufhebung hat treffen wollen.

Wenn nun das Reichsgericht dafür hält, die Absicht der Aufhebung habe sich nur dann verwirklichen können, wenn von Seiten der Gesetzgebungsfaktoren vor und resp. bei Emanirung des R.-Postgesetzes an den Art. 1384 gedacht bezw. daß dies geschehen erkennbar sei, so ist hierüber im Allgemeinen Folgendes zu sagen:

Aeltere Gesetze verlieren in der Regel ihre Kraft nur durch widersprechende jüngere Gesetze. Der Widerspruch und bezw. die Aufhebung muß entweder im jüngeren Gesetz speziell erklärt sein oder sich indirekt aus dessen materiellen Bestimmungen ergeben. Die zuweilen erfolgende spezielle Bezeichnung der Gesetze, welche das jüngere Gesetz außer Kraft setzen will, ist für die Praxis das Wünschenswerthe. Dies Verfahren ist aber nicht allgemein durchführbar, weil das neue Gesetz oft der Art in den bisherigen Rechtszustand eingreift, daß kaum übersehbar ist, wohin es überall wirkt, oder weil das neue Gesetz bloß die alten, Gesetze modifizirt, ohne sie völlig außer Kraft zu setzen.[28]) Der Gesetzgeber überläßt es in solchen Fällen der Jurisprudenz und der Praxis festzustellen, wie weit die Aufhebung reicht. Die Aufhebung ist nur dann anzunehmen, wenn dieselbe aus dem Inhalt des neuen Gesetzes demonstrirbar ist, dergestalt daß der Widerspruch mit dem älteren Gesetz unzweideutig erhellt. Denn das ältere Gesetz erhält sich, soweit es mit dem jüngeren vereinbar ist. Es genügt namentlich nicht, daß sich das neue Gesetz auf denselben Gegenstand — wie man nicht selten sagt, auf dieselbe Materie — bezieht, wie das alte, um dasselbe außer Kraft zu setzen.[29])

---

[28]) Die das Gesetz vorlegende Staatsregierung verfährt dann so, daß sie bei Vorlage des Gesetzes die einzelnen als aufgehoben zu betrachtenden Bestimmungen, welche in verschiedenen Gesetzen zerstreut sind und öfters nur zum Theil aufgehoben werden, nicht in dem Gesetz selbst aufzählt, sondern nur nachrichtlich in den Motiven angiebt, dabei jedoch bemerkt, daß die Richtigkeit und Vollständigkeit der nachrichtlichen Zusammenstellung in jedem einzelnen Fall zu prüfen sei. — So geschehen bei der ersten Vorlage des Preußischen Expropriationsgesetzes vom 11. Juni 1874 in den Motiven zu § 57 Abs. 1 und im Laufe der Verhandlungen, wo der Regierungskommissar zur Begründung dieses Verfahrens der Regierung erklärte, „gerade die Schwierigkeit, das Aufgehobene im Einzelnen zu bestimmen, habe zu der in Anerkennung dieser Schwierigkeit auch angenommenen allgemeinen Fassung des Gesetzes geführt." S. die Verhandlungen zu dem gedachten Gesetz von 1873/74.

[29]) Dernburg Pandekten Bd. I § 30 2 a u. b.

Aus allem diesem erhellt, daß vorliegend der Art. 1384 C. c., auch wenn er im Gesetz oder dessen Materialen oder während der Verhandlungen über das Gesetz nicht speziell und ausdrücklich angeführt ist, doch als durch den zweiten Abschnitt des R.Postgesetzes bezw. dessen § 51 aufgehoben zu erachten ist, weil zu der in dem ebenerwähnten § 51 verfügten Aufhebung aller früheren Gesetze über denselben Gegenstand noch der Umstand hinzutritt, daß die Bestimmungen der Haftpflichtparagraphen 6 bis 15 mit der unbegrenzten Haftung, welche sich aus der Anwendung des Art. 1384 ergeben würde, völlig unvereinbar sind.

Unterstellt man, wie schon oben geschehen,[30]) den Fall, daß eine Werthsendung unter ihrem wahren Werth deklarirt worden ist, so fällt dies besonders in die Begriffe. Denn während nach Art. 1384 im Fall der Veruntreuung der Sendung durch einen Postbeamten der volle Werth, auch der nicht deklarirte, ersetzt werden müßte, ist nach § 8 des R.Postgesetzes die Werthangabe bei der Feststellung des von der Postverwaltung zu leistenden Schadensersatzes zu Grunde zu legen und zwar nach § 12, welcher lautet:

„Eine weitere, als die in den §§ 8, 9, 10 und 11 nach Verschiedenheit der Fälle, bestimmte Entschädigung wird von der Postverwaltung nicht geleistet; insbesondere findet gegen dieselbe ein Anspruch wegen eines durch den Verlust oder die Beschädigung einer Sendung entstandenen mittelbaren Schadens oder entgangenen Gewinns nicht statt."

dergestalt, daß darüber hinaus eine Entschädigung nicht geleistet werden darf.

Unter diesen Umständen ist es nicht erfindlich, weshalb das Reichsgericht bei der Frage, ob der Art. 1384 aufgehoben sei, darauf hat Gewicht legen können, daß es nicht erkennbar sei, ob bei der in § 51 des R.Postgesetzes verfügten Aufhebung an den Art. 1384 gedacht worden sei. Uebrigens hätte der höchste Gerichtshof, wenn er vorzugsweise hierauf seine Entscheidung gründen wollte, wohl zuvor konstatiren können, ob nicht in den Materialien über das Preußische Postgesetz der Einwirkung dieses Gesetzes auf das Fortbestehen der älteren auf die Postverwaltung anwendbaren Gesetze Erwähnung geschehen sei. Aus diesen ergiebt sich nun aber daß bei den Verhandlungen in den beiden Häusern des Landtags

---

[30]) S. oben, Vorbemerkung vor II.

über das Gesetz zum Ausdruck gebracht worden ist, die Postverwaltung sei zu einer über die Grenzen des Postgesetzes hinausgehenden Haftverbindlichkeit nicht verpflichtet, sowie ferner, daß ein in der ersten Preußischen Kammer eingebrachter Antrag, wonach die Postverwaltung auch dann Entschädigung leisten solle, wenn der bezügliche Anspruch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen begründet werden könne, ausdrücklich abgelehnt worden ist.[31]) Für wie unzweifelhaft die Preußische Staatsregierung die Aufhebung aller früheren auf das Postwesen anwendbar gewesenen Gesetze gehalten hat, geht zur Evidenz daraus hervor, daß der damalige Chef der Preußischen Postverwaltung, der Handelsminister von der Heydt, alsbald mit dem Inslebentreten des Postgesetzes eine Anleitung zur einheitlichen Anwendung der Bestimmungen desselben erlassen hat, in deren Eingang gleich die bisherigen in den einzelnen Landestheilen gültig gewesenen gesetzlichen Vorschriften darunter unter 1) das französische Recht, aufgeführt und weiter in den Absätzen 4, 5 und 6 ausdrücklich hervorgehoben ist, daß durch den — mit dem § 51 des Reichspostgesetzes ganz übereinstimmenden — § 51 des Preußischen Postgesetzes vom 5. Juni 1852 alle bisherigen das Postwesen berührenden Gesetze bis auf ein einziges — hier nicht weiter interessirendes — aufgehoben worden seien.[32])

Aus diesen Vorgängen dürfte das Reichsgericht bei der Entscheidung über einen Anspruch der fraglichen Art vielleicht die Ueberzeugung gewinnen, daß — was ohnehin gar nicht wohl zu bezweifeln — den früher bei der Preußischen, später bei der Bundes- und Reichsgesetzgebung mitwirkenden Faktoren der frühere Rechtszustand sehr wohl bekannt gewesen ist. Und daß dieselben diesen Rechtszustand durch das neue Gesetz haben beseitigen wollen, erscheint auch nicht zweifelhaft. Ist doch gerade mit wegen der Verschiedenheit der älteren Gesetze zuerst vom Preußischen Staat, dann vom Norddeutschen Bund und endlich vom Reich ein im Wesentlichen übereinstimmendes Spezialgesetz über das Postwesen erlassen, um dadurch

---

31) Diese Angaben beruhen auf einer gefälligen Mittheilung des Reichspostamtes zu Berlin. Bei der Zuverlässigkeit dieser Grundlage habe ich von der angebotenen Uebersendung der Verhandlungen der beiden Häuser, welche ich am hiesigen Ort nirgends habe entdecken können, absehen zu können geglaubt.

32) Die gedachte vom 4. September 1852 datirte Anweisung befindet sich in einem Separatabdruck in meinen Händen, ist aber jedenfalls zu seiner Zeit in dem Amtsblatt der Preußischen Postverwaltung publizirt worden.

die Haftpflicht der Postanstalt in abschließender Weise zu regeln und damit für alle Rechtsgebiete dem widersprechende Vorschriften zu beseitigen.

4. Muß hiernach aus den unter II 1—3 dargelegten gewichtigen Gründen angenommen werden, daß der Art. 1384 C. c. durch die Bestimmungen des Reichspostgesetzes beseitigt worden ist, so wird dies Resultat auch dadurch in keiner Weise erschüttert, daß, worauf das Reichsgericht außerdem besonderes Gewicht zu legen scheint, das Postgesetz ein Vertragsverhältniß zwischen dem Absender und der Postanstalt annimmt, der Art. 1384 dagegen eine Haftpflicht der Postanstalt außerhalb eines Vertragsverhältnisses gegenüber dem Absender begründen würde. Denn die gesetzgebenden Faktoren des Reichs, welche ein einheitliches Postrecht im ganzen Reichsgebiet herstellen wollten, mußten, um ihren Zweck zu erreichen, alle Gesetze ohne Ausnahme, welche der zu erstrebenden Rechtseinheit im Wege standen, beseitigen und haben ihrer deßhalbigen Absicht in den §§ 6—15 und im § 51 des R.Postgesetzes einen so prägnanten Ausdruck gegeben, daß durch diese Bestimmungen alle Gesetze, wonach von der Postanstalt über die Normen des R.Postgesetzes hinaus Ersatz gefordert werden könnte, ohne Unterschied aufgehoben sind, und es somit nach dem Satze lege non distinguente nec nostrum est distinguere gleichgültig ist, ob ein solcher Anspruch vom Absender aus einem Vertragsverhältnisse zur Postanstalt oder außerhalb des Vertragsverhältnisses unmittelbar aus dem Gesetz hergeleitet werden will.

Hiernach werden etwaige weitere auf den Grund des Art. 1384 C. c. erhobene höhere Ersatzansprüche, als das R.Postgesetz zuläßt, so z. B. im Falle einer Minderdeklaration Ersatzansprüche auf den ganzen eingeschlossenen Werth einfach aus dem Grunde abzulehnen sein, weil dieser Artikel durch das Reichspostgesetz aufgehoben worden sei.

III. Es bleibt nur noch übrig die Rechtfertigung des aufgestellten dritten Satzes:

Die Anwendung des Artikels 1384 ist auch auf die Postaufträge zur Einholung von Wechselakzepten dadurch ausgeschlossen, daß zwischen dem Absender und der Postanstalt nach § 20 XII der Postordnung ein Spezialvertrag zu Stande kommt, welcher jede

Verbindlichkeit der Postverwaltung für die Richtigkeit der Vollziehung des Auftrags ausschließt.

1. Die Postanstalt bedarf wie jede andere größere Verkehrsanstalt schon ihrem eigenen Interesse allgemeiner reglementarer Festsetzungen über die Bedingungen, unter denen sie die Beförderung der ihr überlieferten Sendungen übernimmt. Bei den zu bewältigenden massenhaften Aufgaben würde es ganz unmöglich und unerträglich sein,[32]) wenn bei der Aufgabe jedes einzelnen Stücks die Bedingungen speziell verabredet werden müßten oder nur dürften. Aber auch dem Publikum wird der Geschäftsverkehr mit der Postanstalt wesentlich erleichtert, wenn die abzuschließenden Verträge einen vollkommen stereotypen Inhalt haben, womit dann zugleich die Garantie gegeben ist, daß eine Bevorzugung Einzelner nicht stattfindet.

Die rechtliche Natur des die allgemeinen Bestimmungen für den Postverkehr auf den Grund des § 50 des R.Postgesetzes erlassenen Reglements, welches den deutschen Namen „Postordnung" erhalten hat, ist die nämliche wie die der Reglements bei anderen Verkehrsanstalten, insbesondere der Eisenbahnen. Wenn hiergegen von verschiedener Seite Einwendungen erhoben sind, so erscheinen dieselben nicht als begründet.

Zunächst hat Schott[33]) die Behauptung aufgestellt, die Postordnung sei eine gesetzvertretende Verordnung. Dem stehen aber die unzweideutigsten Worte des § 50 des R.Postgesetzes in seinen beiden ersten Absätzen entgegen.

Der Absatz 2 sagt ganz ausdrücklich, daß die Vorschriften des vom Reichskanzler zu erlassenden Reglements nichts weiter sein sollen, als ein Bestandtheil des Vertrags zwischen der Postanstalt und dem Absender. Schott leugnet zwar auch das Zustandekommen eines solchen Vertrags, aber worauf ich später zurückkommen werde, ebenwohl ohne genügenden Grund. Selbstredend ist sein Ausspruch „der Absatz 2 des § 50 sei theils überflüssig, theils unmöglich und sich selbst widersprechend" nicht im Stande, die gedachte ganz bestimmte gesetzliche Vorschrift aus der Welt zu schaffen, nach welcher die Postordnung nichts weiter sein soll, als andere Reglements für

---

[33]) Schott Prof. in Kiel bei Endemann HandelsR. Bd. 3 S. 353. Laband R.St.R. 2. Ausg. Bd. I § 65 S. 689 u. B.Ausg. Bd. II S. 328/9 u. Goldschmidt Zeitschr. für HandelsR. Bd. IV S. 585.

Eisenbahnen, Dampfschifffahrtsgesellschaften ꝛc., also Bestandtheile der zwischen den Versendern und der Post zu Stande kommenden Verträge. — Daß dem so sei, geht weiter aus dem ersten Absatz des § 50 a. a. O. hervor, wonach das von dem Reichskanzler zu erlassende Reglement mittelst der für die Publikation amtlicher Bekanntmachungen bestimmten Blätter veröffentlicht werden soll. Hätte man bei dem Reglement eine gesetzvertretende Verordnung im Sinne gehabt, so wäre die Festsetzung eines solchen Publikationsmodus ungenügend gewesen, indem das Recht abändernde Verordnungen gerade wie Gesetze im Reichsgesetzblatt verkündigt werden müssen.[34])

Auch eine abweichende Anschauung des Reichsgerichts wird an dieser Stelle erwähnt werden müssen.[35])

Das Reichsgericht sagt: Die Postordnung bilde, da sie in Vollzug des Reglements erlassen sei, eine allgemeine Rechtsnorm.

Auch dieser Ansicht wird man nicht beistimmen können. Wenn das Gesetz sagt, in einem Reglement sollen allgemeine Vorschriften erlassen werden, welche als Bestandtheile des Vertrags des Absenders mit der Postanstalt gelten sollen, so ist doch so viel sicher, daß das Gesetz nicht gesagt hat, der Reichskanzler solle auf Grund des Gesetzes weitere allgemeine Rechtsnormen ertheilen, (wie wäre dies möglich durch Reglement?), wohl aber juristisch etwas ganz davon Verschiedenes. Und wenn weiter im Gesetz gesagt ist, das Reglement solle mittelst der für die Publikation amtlicher Bekanntmachungen bestimmter Blätter veröffentlicht werden, so geht daraus auch hervor, daß der Gesetzgeber durchaus keine Rechtsverordnung (d. h. ein Ergänzungsgesetz zu dem Postgesetz, dessen Inhalt dann so zu denken wäre, als wäre er dann in das Reichsgesetz eingeschaltet)[36]) hat geben wollen, denn dann wäre Publikation des Reglements im Reichsgesetzblatt nothwendig gewesen, sondern daß derselbe weiter nichts gewollt hat, als daß die Bedingungen, unter welchen die Verträge von der Postanstalt mit dem die Post benutzenden Publikum zu schließen, in der dort vorgeschriebenen Weise öffentlich bekannt zu machen seien. Der hier vertretenen Ansicht

---

[34]) Schott bei Endemann HandelsR. Bd. III S. 534 ff.

[35]) Laband R.StR. 2. Ausg. Bd. I S. 612 Note 4 (B.Ausg. Bd. II S. 91).

[36]) Vgl. das einer Besprechung unterzogene Urtheil unter I 1 u. 4 der Begründ. R.G.E. Bd. 19 S. 106.

haben auch mehrere Schriftsteller beigestimmt, so Laband,[37]) Mandry,[38]) und Dambach.[39])

Insbesondere aber ist hier noch eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[40]) hinsichtlich des Eisenbahnbetriebsreglements anzuführen, welche auch auf das Postreglement vollkommen paßt. Darin hat das Reichsoberhandelsgericht mit vorzüglicher Klarheit ausgeführt, daß das Eisenbahnreglement keine Rechtssätze, sondern lediglich Verwaltungsmaßregeln für den Eisenbahnbetrieb schafft, so daß dasselbe bei Beurtheilung der Frachtverträge nicht kraft des Gesetzgebungswillens des Reichs, sondern kraft des Willens der Vertragschließenden als Vertragsbestimmung in Betracht komme. Ebenso sagt Laband:[42]) „Nach dem Postgesetz § 50 gilt das Reglement als Bestandtheil des Vertrags zwischen dem Absender und der Postanstalt; seine rechtsverbindliche Kraft beruht also nicht auf dem Gesetzesbefehl, sondern auf dem Vertragswillen der Parteien. Den Postbehörden gegenüber ist das Postreglement lediglich Verwaltungsvorschrift. Und zwar eine dergestalt bindende, daß die Beamten hiervon im Postverkehr in keinem Fall abweichen dürfen.[43])

An diesen Ansichten ist umso mehr festzuhalten, als, wie ich glaube, mit wohlüberlegter Absicht und aus gutem Grunde von den Gesetzgebungsfaktoren nicht die Gesetzesform, sondern die des Reglements gewählt ist.

Denn nachdem die Haftpflicht für die wichtigsten Betriebszweige der Post im Postgesetz selbst ihre Regelung gefunden hatte, blieb dieselbe in der Postordnung nur noch für die neu[45]) in den Wirkungskreis der Postanstalt eingeführten weniger bedeutenden Geschäfts-

---

[37]) Laband 3.Ausg. Bd. I S. 593.

[38]) Laband 2. Ausg. Bd. II S. 330.

[39]) Mandry civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze 3.Ausg. S. 478.

[40]) Dambach Kommentar zum Postgesetz § 50 Anm. 3.

[41]) R.O.H.G. Entsch. Bd. 19 S. 184 ff.

[42]) Laband 2. Ausg. Bd. I S. 610/1 Note 5.

[43]) Laband 3.Ausg. Bd. I S. 598 Note 1.

[44]) Laband 3.Ausg. Bd. 2 S. 329.

[45]) Die Postaufträge zur Einholung von Wechselakzepten. sind seit dem 1. August 1876 zugelassen (Amtsblatt der Deutschen Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung für 1876 S. 333 ff.). Sollte es wirklich anzunehmen sein, daß dem schon im Jahr 1871 erschienenen Postgesetz die Kraft innwohne, sogar den Vorschriften über erst viel später von der Postanstalt übernommene Geschäftszweige ohne Weiteres durch bloße Bekanntmachung im Amtsblatt Gesetzeskraft zu verleihen?

zweige zu regeln übrig, bei welchen neuen Vorschriften aber na
den gemachten Erfahrungen leicht Aenderungen oder Vervollständi
gungen nothwendig werden konnten. Aus diesem Grunde empfa
sich für die Nachträge die leichtere Form des Reglements, weil
alsdann zum Vollzug von Aenderungen keiner Publikation im Reich
gesetzblatt, sondern nur einer Bekanntmachung wie bei amtlich
Erlassen bedurfte. Laband hält deshalb diese Ordnung des P
wesens für so vortrefflich, daß er dieselbe der Eisenbahnverwaltu
als ein Muster hinstellt, wie die für sie noch bestehenden Schwier
keiten unschwer beseitigt werden könnten.[46])

2. Hiernächst ist die ebenwohl nicht unbestrittene Frage zu
örtern, ob bei der Unabänderlichkeit der Bestimmungen der P
ordnung von Seiten der Postbeamten der Abschluß eines Vertr
zwischen dem Aufgeber einer Sendung und der Postverwalt
angenommen werden kann. Schott verneint, wie schon unter II
erwähnt, diese Frage und vertheidigt die Ansicht, daß die Beför
rung der angenommenen Sendung sich lediglich auf Grund der
die Postanstalt bestehenden gesetzlichen Verpflichtung, die erfolgen
Aufgaben zu befördern, vollziehe.[47]) Dieser Ansicht wird indeß n
beizutreten sein. Es wird vielmehr in Uebereinstimmung mit a
übrigen Schriftstellern, welche nur über die Natur eines solchen V
trags verschiedener Ansicht sind,[48]) und folgend der Praxis be
Reichsgerichte anzunehmen sein, daß zwischen dem Absender e
Sendung und der dieselbe annehmenden Postanstalt ein Vertrag
Stande kommt. Das Reichsoberhandelsgericht[49]) drückt sich hinsi
lich der mit der Eisenbahn erfolgenden Versendungen — welchen
Betreff der vorliegenden Frage die Postsendungen gleichzustellen sind
dahin aus: „Indem der Absender das Frachtgut mit der im vo
schriebenen gedruckten Frachtbrief enthaltenen Erklärung übergi
„er versende dasselbe auf Grund der im Reglement enthaltenen
ihm bekannten Bestimmungen, welche für diese Sendungen in
wendung kommen", die Bahnverwaltung aber das Frachtgut ge
dieser Erklärung zum Transport übernimmt, bilden die Bestimmun
des Reglements einen Bestandtheil des Frachtvertrags. Sie kom
also in jedem einzelnen Fall nicht kraft des gesetzgeberis

[46]) Laband 3.Ausg. Bd. 2 S. 375.

[47]) Schott in Endemann's HandelsR. Bd. 3 S. 539 ff.

[48]) Schott a. a. O. Note 23—28.

[49]) R.O.H.G. Entsch. Bd. 29 Nr. 40 S. 189.

Willens der Bundesgewalt, sondern kraft des Willens der Vertragschließenden, mithin nicht als Rechtsnorm, sondern als Vertragsbestimmung in Betracht. Ebenso das Reichsgericht über die Versendungen mit der Eisenbahn[50]): „Für die mit der Eisenbahnverwaltung in Verkehr tretenden Personen haben die Bestimmungen des Reglements nur die Bedeutung einer abstrakten lex contractus, welche dadurch, daß der einzelne Frachtvertrag auf Grund desselben abgeschlossen ist, zur konkreten Vertragsnorm wird."[51]) Ferner sagt schon Goldschmidt in seiner bekannten Abhandlung über die Haftpflicht der Eisenbahnverwaltungen[52]): „Die Reglements sind keine Gesetze, keine Verträge, nicht einmal Vertragspropositionen in dem Sinne, daß durch ihre Annahme ein perfekter Vertrag entsteht. Vielmehr erklärt in ihnen die Verwaltung nur, unter welchen Bedingungen sie in Zukunft Transportverträge schließen wolle, was lex contractus sein solle, falls ein Vertrag zu Stande kommt. Die wirkliche Vertragsproposition (Offerte) hat erst vom Absender auszugehen und erst durch Annahme derselben von Seiten der Verwaltung bezw. der dazu bestellten Beamten kommt ein Vertrag zu Stande." Und thatsächlich ist dem wirklich so. Wenn Schott dem entgegen a. a. O. unter anderem anführt, die Postbeförderung habe alle Individualität abgestreift, so ist hiergegen anzuführen, daß erst durch die Aufgabe der Sendung der zu befördernde Gegenstand individualisirt wird, daß ebenso erst bei Annahme der Sendung der Transportpreis (das Porto) nach dem Gewicht und der etwaigen Werthsdeklaration festgestellt wird, und daß erst, nachdem sich diese thatsächlichen Vorgänge vollzogen, der auf Beförderung der fraglichen Sendung für den festgestellten Preis gerichtete Wille des Ab-

[50]) Bei den Postaufgaben bedarf es derartiger Bezugnahmen auf das Reglement im Frachtbrief nicht, weil hier die Kenntniß des Publikums vom Reglement in anderer Weise herbeigeführt wird, siehe III 3 c dieser Arbeit.

[51]) RGerichtsentsch. in Civils. Bd. 15 S. 156.

[52]) Das Reichsgericht stützt sich dabei auf Laband R.St.R. 1. Ausg. Bd. 2 § 72 S. 374 (ebenso Ausg. 2 Bd. 1 § 65 S. 690), wo es heißt: „Der Verkäufer haftet ex lege für die zugesicherte Eigenschaft der Sache, gleichviel ob er will oder nicht. Die Haftung entspricht aber auch seinem vertragsmäßigen Willen ohne Rücksicht auf das ihm die Haft auflegende Gesetz. Ebenso beruhen die Ansprüche und Verpflichtungen des Staats aus den im Betriebe der Verwaltung geschlossenen Verträgen nicht auf der abstrakten Regel des Gesetzes, sondern ebenso auf dem im konkreten Fall wirksam gewordenen Willen der Kontrahenten. Der Inhalt beider ist identisch."

senders und der Postanstalt übereinstimmt, nun aber auch nach dem bekannten Satz: „pactio est duorum in idem placitum consensus", ein Vertrag zu Stande kommt. Auch ist bei jenen Vorgängen keineswegs die Freiheit des Entschlusses der Kontrahenten, die Vertragsfreiheit völlig ausgeschlossen. Denn einerseits steht es ja ganz bei dem Absender, ob er die fragliche Sendung überhaupt machen will oder nicht und ob er sich dabei der Post oder einer anderen erlaubten Beförderungsweise bedienen will, und andererseits legt auch die Post, vertreten durch ihre Beamten, innerhalb der durch das Reglement gezogenen Grenzen ihren Vertragswillen damit an den Tag, daß sie die Sendung nur dann annimmt, wenn sie nicht von der Postbeförderung ausgeschlossen oder nur bedingt zugelassen ist[53]) und wenn sie außerdem den Vorschriften der Postordnung gemäß verpackt, verschlossen und mit dem vorgeschriebenen Begleitbrief nebst Adresse ꝛc. versehen ist, es müßte denn bei ungenügend verpackten Sendungen der Absender ausdrücklich auf Ersatz und Entschädigung verzichtet haben.[54])

3. Wann ist nun aber anzunehmen, daß derjenige, welcher einen Postauftrag zur Einholung von Wechselakzepten aufgiebt, sich dem in der Postordnung § 20 XII erfolgten Ausschluß der Haftpflicht fügen muß?

a) Nur dann, wenn die ebengedachte Bestimmung nach der dem Reichskanzler im § 50 des R.Postgesetzes ertheilten Ermächtigung in das Reglement mit aufzunehmen war, also im Reglement auch Bestimmungen über das Maß der Haftbarkeit der Postanstalt bezüglich erst später von der Postverwaltung übernommener Geschäftszweige ertheilt werden durften. Das Reichsgericht hat angenommen,[55]) daß wenn § 50 des Postgesetzes dem Reichskanzler die Ermächtigung ertheile, durch ein Reglement, welches mittelst der für die Publikation amtlicher Bekanntmachungen bestimmten Blätter zu veröffentlichen ist, die weiteren bei Benutzung der Postanstalt zu beobachtenden Vorschriften zu treffen, es demselben auch die Befugniß gegeben habe, die Normen der Haftbarkeit der Postverwaltung bezüglich

---

[53]) Goldschmidt's Zeitschr. für HR. Bd. 4 S. 594 § 5 über die Wirksamkeit des Reglements, auch Note 22 daselbst.

[54]) Postordn. §§ 10 u. 11.

[55]) Postordn. § 23.

[56]) Dies Urtheil R.G.Entsch. Bd. 19 S. 106 Note 3.

solcher postalischer Einrichtungen, die in dem Postgesetze nicht geregelt sind, zu treffen.

Man wird dieser Entscheidung des Reichsgerichts beitreten können, wenn auch theilweise aus anderen Gründen.

Der § 50 a. a. O. enthält zwar unter keiner seiner zehn Nummern etwas davon, daß der Reichskanzler für den Fall der Uebernahme neuer Geschäftszweige, insbesondere der Aufträge zur Einholung von Wechselakzepten in den Postbetrieb, auch Vorschriften über die Haftbarkeit der Postanstalt für dies neue Institut zu ertheilen befugt sein solle, obgleich die Anführungen unter diesen Nummern sehr speziell lauten, also wohl Veranlassung dazu gegeben gewesen wäre, hierbei auch der besonders wichtigen Haftpflicht zu gedenken. Allein da die Ermächtigung an den Reichskanzler „die weiteren bei Benutzung der Postanstalt zu beobachtenden Vorschriften zu treffen“ allgemein lautet, in jedem Falle von dehnbarer Natur ist, so wird man darunter auch den Fall der Einführung neuer Geschäftszweige in den Postverkehr begreifen und dann nicht umhin können, dem Reichskanzler auch die Befugniß zuzugestehen, für diese neuen Institute auch die Haftpflicht sachgemäß zu begrenzen event. zu beschränken oder auszuschließen, weil ohne dies die Ordnung des neuen Instituts eine unvollständige sein würde. Bei einer gegentheiligen Annahme würde sich der mit der Wahl der leichteren Reglementsform erstrebte Zweck, bei jeder Abänderung oder Vervollständigung des Reglements nicht des schwerfälligeren Gesetzgebungsapparats zu bedürfen, nicht vollständig erreichen lassen. Sodann aber kommt namentlich für die Annahme der fr. Befugniß des Reichskanzlers hinzu, daß es sich bei Erlaß der reglementaren Vorschriften nicht etwa — wie freilich das Reichsgericht annimmt, aber wie oben gezeigt,[56]) ohne genügenden Grund — um Rechtsnormen handelt, sondern um Vertragsbedingungen, auf welche hin zu kontrahiren, ja dem Publikum völlig freisteht, und ferner, daß von jeher bei allen Verkehrsanstalten die Reglements insbesondere auch dazu benutzt sind, auch die Haftpflicht dem allgemeinen Recht gegenüber abzumindern oder je nachdem gänzlich auszuschließen.

b) Nur dann, wenn dieser Bestimmung nicht aus Rechtsgründen die Gültigkeit zu versagen ist.

Da die Reglements — wie unter III 1 erörtert worden[57]) —

---

[56]) S. oben S. 200.

[57]) Daselbst S. 199 ff.

nichts als allgemeine Vertragsbedingungen sind, so gilt hinsichtlich ihrer Gültigkeit, speziell in Betreff des Ausschlusses der Haftpflicht ganz das Nämliche, was für gewöhnliche Verträge zwischen Privaten Rechtens ist.

Wenn nun auch im Obligationenrecht im Allgemeinen sowohl nach römischen Recht als nach dem daraus vorzugsweise geschöpften französischen Recht vollständige Vertragsfreiheit herrscht, so sind doch solche Verträge nach beiden Rechten unwirksam, wenn dadurch gegen Verbotsgesetze oder die guten Sitten verstoßen, insbesondere ne dolus praestetur vereinbart wird.[58])

Daß der Art. 1384 C. c. kein Verbotsgesetz ist, folgt daraus, daß er als ein solches durch nichts gekennzeichnet worden ist.[59]) Dessen Beseitigung durch die Postordnung stand also nichts im Wege.

Ebenso wenig kann aber auch in dem Ausschluß der Haft durch den § 20 XII der Postordnung eine unzulässige Bestimmung „ne dolus praestetur" gefunden werden. Das gemeine Recht ebenso das in Elsaß-Lothringen geltende französische Recht verbietet nur ein Gedinge, in welchem ein Kontrahent wegen **eigenen** dolus — oder einer dem gleichstehenden culpa lata — nicht haften zu wollen erklärt, weil hierdurch offenbar einem künftigen dolus Vorschub geleistet werden würde. Ganz anders verhält sich aber die Sache vorliegend. Wenn der Vertreter der Reichspostanstalt, welcher auf Grund des § 50 das Reglement erlassen, der Natur der Sache nach den von der Postanstalt angenommenen Auftrag nicht selbst ausführen kann, sondern dessen Ausführung dem hierzu zuständigen unteren Beamten überlassen muß, so würde die Anwendbarkeit des Verbots einer Vereinbarung, ne dolus praestetur, nur dann in Frage kommen können, wenn der zuständigen höheren Verwaltungsbehörde (Oberpostdirektion) eine grobe Sorglosigkeit hinsichtlich der Annahme, Beibehaltung oder Beaufsichtigung des Beamten, welcher die Verfehlung begangen, hätte zur Last gelegt werden können.

---

[58]) L. 6 Cod. 2, 3 de pactis u. l. 27 § 14 D. de pactis 2, 14 sowie hinsichtlich des französischen bezw. rheinischen Rechts: Urtheil des vorhinnigen rheinischen Appellationsgerichtshofs zu Köln v. 30. Dez. 1849 bei Koch Eisenbahnen Abth. II S. 56—61 u. Urtheil des Obertribunals rheinischer Senat v. 30. März 1858 bei Striethorst Bd. 28 S. 226—240.

[59]) Böcking Pand. I § 93, Urtheil des Obertribunals vom 8. März 1853 im Rhein. Archiv Bd. 48 Absch. 2 S. 40 sowie die in der vorausgehenden Note angezogenen beiden Urtheile.

Da aber hiervon nirgends die Rede gewesen ist, so steht die Zulässigkeit und Rechtsgültigkeit des Ausschlusses der Haftpflicht in § 20 XII der Postordnung nicht zu beanstanden.

In gleicher Weise hat sich — zu einer Zeit als den Eisenbahnen noch nicht die vertragsmäßige Beschränkung ihrer gesetzlichen Haftpflicht untersagt war — für die Gültigkeit einer Stipulation der Eisenbahnverwaltung, daß sie für ihre Beamten und Bediensteten nicht einstehen wolle, nicht einmal für deren erweislichen dolus und culpa lata, schon Koch[60]) erklärt. Dieselbe Ansicht ist auch von Goldschmidt sehr bestimmt vertreten[61]) und wird auch von Dernburg getheilt.[62]) Auch die beiden Reichsgerichte haben sich in diesem Sinne ausgesprochen. So hat das Reichsoberhandelsgericht entschieden: Es kann zwar die Haftung für eigenen Dolus vertragsmäßig nicht ausgeschlossen werden; wohl aber kann vereinbart werden, daß ein Schuldner, welcher zur Ausführung des übernommenen Werks nothwendig Hülfspersonen verwenden muß, für deren dolus und culpa nicht hafte.[63]) Auch das Reichsgericht hat diese Ansicht zunächst in dem hier fraglichen Urtheil gebilligt, indem dasselbe ausspricht: „Auch handelt es sich, wenn der Staat im vorliegenden Fall die Haftung für das dolose Verhalten eines Bediensteten der Postverwaltung ablehnt, nicht etwa um ein Geding, wodurch derselbe die Haftbarkeit für seine *eigene* dolose Handlungsweise ablehnt, da nicht etwa eine Aeußerung des *staatlichen* Willens und zwar durch eine den staatlichen Willen verkörpende Person in Frage steht, vielmehr eine *nicht* von der Postverwaltung gewollte, dem privaten Willen entstammende dolose Thätigkeit eines mit dem Vollzuge des durch die Postverwaltung übernommenen Postauftrags von der Postverwaltung betrauten Werkzeugs.“[65]) Ebenso hat das Reichsgericht in einem späteren Falle erkannt:[66]) Die Anfechtung der vertragsmäßigen Beschränkung der gesetzlichen Haftpflicht des Frachtführers ist nur insoweit möglich, als die Haftung für *eigenen* Dolus bezw. für *eigenes* grobes Verschulden

---

[60]) Koch EisenbahnR. Abth. 2 S. 312 u. 406.

[61]) Goldschmidt Zeitsch. für HandelsR. Bd. 4 580—583.

[62]) Dernburg Preuß. PrivatR. Bd. 2 S. 576 Note 17.

[63]) R.O.H.G.Entsch. Bd. 4 S. 81 u. Bd. 25 S. 181.

[64]) S. R.G. Urtheil unter I Nr. 4 letzter Satz R.G.Entsch. Bd. 19 S. 106—107.

[65]) Hätte statt „Staat“ „Reich“ heißen müssen.

[66]) R.G.Entsch. vom 11. Febr. 1888 in R.G.Entsch. Bd. 20 S. 115—118.

ausgeschlossen werden soll. Was dagegen den Ausschluß der Haftung für Dolus und grobes Verschulden derjenigen Personen betrifft, deren sich der Frachtführer bei Ausführung des Transports bedient, so ist derselbe keineswegs in allen Fällen als den guten Sitten zuwiderlaufend anzusehen. Es gilt dies auch für den regelmäßigen Verkehr, wenn die Nachtheile, welche ein solcher Vertrag für den Absender hat, aufgewogen werden, durch den Vortheil, welchen die Absender dadurch erlangen, daß die Fracht niedriger gestellt wird, außerdem aber dem Publikum die Möglichkeit der anderweiten Wahrung seiner Interessen unter verhältnißmäßig nicht zu schweren Bedingungen geboten wird. — (Daß dem vorliegend nicht so sei, wird alsbald näher nachgewiesen werden.) Für die Zulässigkeit des Ausschlusses der Haftpflicht, sowie solche in § 20 XII der Postordnung geschehen, dürfte auch ein weiterer vom Reichsgericht (Urtheil Nr. 1, 2 in der Mitte) angeführter Grund sprechen. Die Haftpflicht der Postanstalt ist in dem R.Postgesetz Abschnitt II durchweg nicht aus einem Verschulden der Post hergeleitet, sondern schlechthin, nur mit Zulassung gewisser Befreiungsgründe übernommen bezw. wo dies angezeigt, ausgeschlossen worden. Wenn daher im § 20 XII der Postordnung ebenso verfahren ist, so entspricht dies nur der im Reichspostgesetz zum Ausdruck gekommenen Absicht des Gesetzgebers. Es entspricht aber ebenso auch den Grundsätzen, welche von vorn herein bei Regelung der Haftpflicht der Postanstalt durch Spezialgesetz als richtig anerkannt sind. Danach soll es nicht, wie dies in dem hier vom Reichsgericht entschiedenen Rechtsstreit geschehen, angängig sein, den Postfiskus einer ganz ins Ungewisse gehenden Verpflichtung zu unterwerfen.[67]) Vielmehr mußte dieser Grundsatz bei Aufnahme der Postaufträge zur Einholung von Wechselakzepten in den Kreis der Geschäfte der Postanstalt zu der Festsetzung des Ausschlusses einer Haftpflicht für unrichtige Ausführung des Auftrags führen, umsomehr als dieser neue Geschäftszweig an sich zu den Funktionen der Postanstalt nicht nothwendig gehört und nur deshalb von derselben übernommen ist, um dem Publikum die neue Annehmlichkeit zu gewähren, sich das Akzept seiner Wechsel für eine äußerst geringe Vergütung sichern zu können. Gerade weil die Vergütung eine minime ist, kann der Postanstalt nicht angesonnen werden, im Fall von Irregularitäten bei Ausführung des Auftrags für namhafte, ja unter Umständen sehr bedeutende Summen einstehen zu sollen.

[67]) S. Nr. II 1 dieser Arbeit.

Auch ohne Uebernahme einer Gewährleistung leistet die Postanstalt durch die Besorgung der Postaufträge dem Publikum einen wichtigen Dienst. Denn in der überwiegenden Mehrzahl von Fällen wird der Auftrag ordnungsmäßig vollzogen, hat sich also das Publikum für wenig Geld eines namhaften Vortheils zu erfreuen. Findet einmal ausnahmsweise eine Unregelmäßigkeit statt, so kann sich der Absender nicht beschweren, wenn er den hieraus entstehenden Schaden selbst tragen muß. Denn da ihm die Vorschrift des § 20 XII der Postordnung bekannt sein mußte, — s. d. folgende Ausführung unter c — so stand ihm, wenn er die Gefahr nicht tragen konnte oder wollte, der Weg offen, in einer anderen noch zuverlässigeren Weise z. B. durch Beauftragung eines Gerichtsvollziehers oder wie sonst die Präsentation der Wechsel zum Akzept vornehmen zu lassen.

Mit der Ablehnung der Haftpflicht für Postaufträge, sowie solche im § 20 XII der Postordnung geschehen, ist auch nicht etwas ganz Außergewöhnliches angeordnet. Muß doch auch bei der Benutzung des Telegraphen der Absender die Gefahr tragen, da nach den Bestimmungen der Telegraphen-Ordnung eine Ersatzleistung für Versehen der Beamten der Anstalt überall nicht stattfindet.[68])

c) Nur dann muß sich ferner der Absender der eben erwähnten Bestimmung fügen, wenn er das Reglement (die Postordnung) kannte oder kennen mußte.

Hierbei ist davon auszugehen, daß in dem Falle, wo ein gehörig publizirtes Gesetz — wie im § 50 des R.Postgesetzes geschehen — eine bestimmte Art der Veröffentlichung des Reglements vorschreibt und dadurch für hinreichend erklärt hat, wie z. B. hier das Einrücken in das Amts- oder Regierungsblatt, diese Art der Bekanntmachung genügen muß. Denn an die gesetzliche Vorschrift über die Art der Veröffentlichung ist Jeder gebunden, der Einheimische wie der Fremde, welcher sich der einheimischen Verkehrsanstalt bedient. Mit der trotz der Publikation immerhin möglichen Unkenntniß des Reglements kann sich Niemand entschuldigen. Der Versender muß das Reglement kennen, wenn es ordnungsmäßig publizirt ist, eben weil es alsdann jedermann kennen kann, die Nichtkenntniß des Versenders sich also als eine Nachlässigkeit darstellt, auf welche er sich nicht berufen kann. Auch individuelle Hindernisse oder Umstände, wie Lesensunkunde, Uebersehen der betreffenden Bekanntmachung, können nicht entschuldigen,

---

[68]) Zu vergl. § 24 der Telegraphenordnung v. 13. Aug. 1880.

weil bei einem auf das Publikum angelegten Betrieb nicht auf die individuellen Verhältnisse der Einzelnen Rücksicht genommen werden kann. [69])

Da nun der § 50 des Postgesetzes bestimmt, daß das vom Reichskanzler zu erlassende Reglement mittelst der für die Publikation amtlicher Bekanntmachungen bestimmter Blätter zu veröffentlichen sei, die Postordnung (bezw. das Reglement) vom 8. März 1879 aber in Elsaß-Lothringen nicht bloß im Centralblatt für das Deutsche Reich,[70]) sondern auch durch die dortigen Bezirksamtsblätter bekannt gemacht worden ist, so muß angenommen werden, daß sich vorliegend der Absender der die Haftpflicht ausschließenden Bestimmung der Postordnung (§ 20 XII) unterworfen hat, mithin dieselbe in ihrem richtig verstandenen Sinn gegen sich gelten lassen muß.

4. Wenn nun in dem § 20 XII der Postordnung eine Bestimmung dahin ergangen ist:

> „Die Postverwaltung haftet für die Beförderung eines Postauftragsbriefes, wie für einen eingeschriebenen Brief. Eine weitergehende Gewähr, insbesondere für rechtzeitige Vorzeigung oder für rechtzeitige Rück- oder Weitersendung des Postauftrags nebst Anlage, wird nicht geleistet; auch übernehmen die Postanstalten keinerlei Verpflichtung zur Erfüllung der betreffenden Vorschriften des Wechselrechts."

so ist damit, wie das Reichsgericht in überzeugender Weise ausgeführt,[71]) die Haftpflicht der Postanstalt lediglich auf den Verlustfall des *Postauftragsbriefes* beschränkt, im Uebrigen aber insbesondere hinsichtlich etwaiger bei Ausführung des Auftrags vorgekommenen Unregelmäßigkeiten schlechthin abgelehnt. Wenn also Absender, der diese publizirte Reglementsbestimmung gegen sich gelten lassen muß, der Postanstalt einen Auftrag der fraglichen Art geben will, so muß er im Voraus wissen, daß ihm die Postanstalt für eine Unregelmäßigkeit bei Vollziehung des Postauftrags nichts zu gewähren hat. Giebt er dessen ungeachtet den Postauftragsbrief auf, so unterwirft er sich damit der Vorschrift des Reglements, und kommt alsdann

---

[69]) Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 4 S. 600; Schott bei Endemann HandelsR. Bd. 3 S. 475/6; Urtheil des O.A.Gerichts Lübeck vom 29. Mai 1856 in der Sammlung Lübecker Erkenntnisse herausgegeben von einem Verein Frankfurter Juristen Bd. 2 S. 381 f.

[70]) Centralblatt für das Deutsche Reich Jahrg. 1879 Nr. 72 S. 185 f.

[71]) Das ergangene Urtheil unter I, S. 104 R.G.E. Bd. 19.



auf Grund der Annahme des Briefs von Seiten der Postanstalt zwischen ihm und dieser ein die Haftbarkeit ausschließender Spezialvertrag zu Stande. Auf Grund dieses Spezialvertrags muß daher jeder Anspruch, einerlei auf welchem Rechtsgrund derselbe beruht, (Verschulden, Gesetze) zurückgewiesen werden, welcher darauf abzielt, die Postverwaltung dennoch wegen ordnungswidrigen Vollzugs eines Postauftrags zur Ersatzleistung heranzuziehen.[72]) Einen Jeden, welcher einen solchen Anspruch geltend macht, sei's aus Art. 1384 C. c. oder einem sonstigen Rechtsgrunde, steht die exeptio doli oder pacti entgegen, darauf gegründet, daß er das, was er auf Grund des Art. 1384 empfinge, sofort auf den Grund des die Haftpflicht ausschließenden zu Stande gekommenen Spezialvertrags der Postanstalt würde zurückzuerstatten haben.

Hiernach glaube ich meine Ansicht zu der N. III meiner Arbeit noch einmal insbesondere der Ausführung des Urtheils unter II gegenüber kurz zusammenfassen zu sollen:

Das Reichsgericht giebt auch unter II selbst zu, daß die Postordnung von dem Willen ausgehe, die Haftung der Postverwaltung, soweit solche die Postordnung dem Absender gegenüber ausschließe, auch nicht für Delikte von Bediensteten der Postverwaltung eintreten zu lassen, hebt ferner auch hervor, daß die Vorschriften der Postordnung als Bestandtheil des Vertrags zwischen der Postanstalt und dem Absender gelten, hält aber dessenungeachtet für entscheidend, daß dem Absender trotzdem die Möglichkeit nicht *entzogen* worden sei, unabhängig von seinem Vertragsverhältniß mit der Postverwaltung und den sich hieraus ergebenden rechtlichen Beziehungen zwischen ihm und derselben die Postverwaltung auf den Grund des Art. 1384 des Code civil *außerhalb seines Vertragsverhältnisses* wegen des durch die Handlungsweise eines ihrer Bediensteten ihm erwachsenen Schadens in Anspruch zu nehmen.

Diese Annahme dürfte indessen als zutreffend nicht anerkannt werden können, weder nach der Theorie noch nach der Praxis.

Nach der Ansicht der bedeutendsten Rechtslehrer ist es zwar richtig, daß die aquilische Klage durch ein bestehendes Obligationsverhältniß nicht schlechthin ausgeschlossen wird. Ihre Anwendung wird aber, wenn ein solches obligatorisches Verhältniß besteht, des-

---

[72]) Zu vgl. l. 27 § 29 Dig. 9, 2 u. Entscheidg. des Obertribunals bei Striethorst Bd. 28 S. 228 am Ende.

halb wesentlich beschränkt, weil die actio legis Aquiliae ein damnum injuria datum voraussetzt, eine injuria des Gegenkontrahenten aber in einer solchen positiven Handlung nicht gefunden werden kann, welche zwar ohne ein obligatorisches Verhältniß unerlaubt und bezw. vertretbar sein würde, in demselben und vermöge desselben aber nicht unerlaubt ist.[73]) Ganz in gleicher Weise haben auch die Gerichte entschieden, insbesondere kein Bedenken getragen, beim Vorliegen einer rechtsgültigen jede Haftbarkeit des Transportunternehmers ausschließenden Spezialabmachung zwischen diesem und dem Absender, sowohl die Klage des letzteren aus seinem Vertragsverhältnisse als diejenige außerhalb desselben auf Grund der lex Aquilia für nicht begründet zu erkennen.[74])

Wenn nun durch die vorausgeschickten Erörterungen der Nachweis geliefert sein dürfte, daß der Reichskanzler bei dem Erlaß des § 20 XII der Postordnung aus wohl gerechtfertigten Ursachen den Willen gehabt hat, jede Haftpflicht der Postverwaltung für die mangelhafte Ausführung des Postauftrags und dabei etwa vorkommende Delikte ihrer Beamten abzulehnen und diesen seinen Willen in genügend korrekter Weise ausgesprochen hat, und wenn sich sodann der Absender dadurch, daß er der Post diesen Auftrag zur Einholung der Wechselakzepte ertheilt, dieser Vertragsbedingung unterworfen hat, so ist damit ein rechtsgültiger Spezialvertrag über den Ausschluß jeder Haftpflicht der Postverwaltung zwischen dieser und dem Absender zu Stande gekommen. Einer solchen vertragsmäßigen Abmachung gegenüber erscheint es mir nun nicht angängig, wie dies unter II vom Reichsgericht — nur mit kurzen Bemerkungen und nicht mit näherer Begründung — geschehen ist, die vom commettant auf den Grund des Art. 1384 Code civil zu vertretende außerkontraktliche Culpa seines Funktionärs als etwas durch den Spezialvertrag ganz unberührt Gebliebenes und hiervon gänzlich Unabhängiges hinzustellen und auf Grund dieses Artikels dennoch eine Haftpflicht der Postanstalt als bestehend anzuerkennen. Denn nachdem durch Spezialvertrag jeder Ersatzanspruch, einerlei auf

---

[73]) Zu vgl. l. 27 § 29 Dig. 9, 2. v. Vangerow Pand. 6. Ausg. Anm. 3; Windscheid 6. Ausg. § 455[12] und Dernburg Pand. Bd. 2 § 136[21].

[74]) Aus der größeren Zahl derartiger Entscheidungen sei hervorgehoben: die in Note 72 zitirte Entscheidung des Obertribunals, die besonders wichtige Entscheidung des Oberhandelsgerichts vom 2. Nov. 1874 Bd. 15 S. 86/7 der Entscheidungen und die in Note 66 zitirte Entscheidung des R.Gerichts der neuesten Zeit.

welchen Rechtsgrund derselbe gestützt wird, der Postverwaltung gegenüber ausgeschlossen ist, so kann auch einer Schadensersatzklage auf den Grund des Art. 1384 keine Folge gegeben werden, indem sonst die Postverwaltung ganz im Widerspruch mit der sie schützenden Vertragsbedingung dennoch zur Ersatzleistung angehalten werden müßte. Der Absender muß sich vielmehr, wie sich das Reichsgericht an anderer Stelle ausgedrückt,[75]) auch wenn er seinen Anspruch auf aquilische Culpa stützt, gefallen lassen, daß die Beklagte ihm gegenüber — und zwar mit Erfolg — das bestehende Kontraktsverhältniß geltend macht.

Hiernach wird die Hoffnung nicht aufgegeben werden dürfen, daß wenn wiederholt auf einen Thatbestand wie den vorliegenden hin ein Absender trotz der Bestimmung des § 20 XII der Postordnung die Haftpflicht der Postanstalt auf Grund des Art. 1384 des Code civil geltend machen sollte, das Reichsgericht nicht ein gleiches Urtheil, wie das zum Gegenstand dieser Abhandlung gemachte ertheilen, sondern vielmehr nach nochmaliger Erwägung der Sache zu dem Resultat gelangen wird, daß nicht die Postanstalt zu verurtheilen, vielmehr der Absender mit seinem — dem Verfasser dieser Arbeit rechtlich völlig unbegründet erscheinenden — Anspruch abzuweisen sei.

8.

Ueber die rechtliche Natur der Zweigniederlassung.[1])

Von Herrn Landgerichtsassessor M. Brendel in Chemnitz.

A. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch[2]) unterscheidet zwischen Handelsniederlassung, Sitz und Zweigniederlassung (gewöhn-

---

[75]) R.G.Entscheidungen Bd. 20 R. 15 S. 84. Vgl. ferner das in der juristischen Wochenschrift von 1888 S. 87 mitgetheilte Urtheil des II. Senats des Reichsgerichts vom 7. Januar 1888, in welchem ausgeführt ist, daß, da wo ein Vertragsverhältniß zwischen den Parteien besteht, auf den Grund der Artikel 1382 bis 1384 C. c. ein Anspruch aus einem Delikt, welches auf den Vertragsgegenstand Bezug hat, nur deshalb für begründet zu erkennen sei, weil hier das Delikt vor Abschluß des Vertrags verübt sein sollte, diese Voraussetzung aber in dem vorliegend besprochenen Fall durchaus nicht zutrifft.

[1]) Zu vgl.: Agricola, die Zweigniederlassung, im Archiv für Deutsches Wechsel- und Handelsrecht, Bd. 12 S. 279 ff. Lesse, über Zweigniederlassungen und deren Eintragung in das Handelsregister, in Busch, Archiv f. Theorie u. Praxis des allgem. deutschen Handelsrechts Bd. 1 S. 255 ff.

[2]) Im Interesse größerer Klarheit empfiehlt es sich, im Text lediglich den Rechtsbegriff der Zweigniederlassung auf Grund der Bestimmungen des H.G.B.

lich Filiale, auch wohl Kommandite genannt). „Sitz" ist nur der spezielle technische Ausdruck für die Hauptniederlassung der Handelsgesellschaften.[3])

Um den Begriff der Zweigniederlassung festzustellen, bedarf es der Feststellung auch der übrigen Begriffe sowie ihres Verhältnisses zu einander und insbesondere zur Zweigniederlassung.[4])

I. 1. Vor Allem ist zu bemerken, daß der Begriff der Handelsniederlassung der allgemeine, Haupt- und Zweigniederlassung gleichmäßig umfassende ist; „unter Zweigniederlassung können nur Zweighandelsniederlassungen verstanden werden".[5]) Es ergiebt sich dies schon daraus, daß der Gesetzgeber auch für die Zweigniederlassung den Eintrag ins Handelsregister vorgeschrieben hat (Art. 21, 86, 152, 179, 212 des H.G.B.'s), da die Vorschriften über die Einträge ins Handelsregister nur im Interesse des Handelsverkehrs gegeben sind (Völderndorff I S. 98 und 175 Nr. 2).

2. Eine Handelsniederlassung setzt aber voraus, daß von einer Niederlassung aus Handel betrieben wird; nicht jede Niederlassung ist Handelsniederlassung. Es ist nicht bloß das Moment der dauernden örtlichen Beziehung, die Absicht des Geschäftsinhabers, an einem Orte zu gewerblichen Zwecken ständigen Aufenthalt zu nehmen, sondern vorzüglich auch das Vorhandensein eines Handelsbetriebes wesentliches Begriffserforderniß der Handelsniederlassung (Hahn, I S. 96, Völderndorff I S. 164).

Unmöglich wird man von Handelsbetrieb reden können, wenn an dem Orte der Niederlassung sich nur eine Waarenniederlage oder

---

unter Berücksichtigung der einschlagenden reichs- und partikularrechtlichen Vorschriften zur Darstellung zu bringen; den einzelnen Spezialgesetzen (Genossenschaftsges. v. 4. Juli 1868, Bankges. v. 14. März 1875) wird in den Anmerkungen bezw. auch in Parenthesen gebührende Berücksichtigung zu Theil werden. Ueber die genossenschaftliche Zweigniederlassung (Zweigvereine) vgl. im Allgem. Endemann, Handbuch (1881) S. 837 ff.

[3]) Lutz, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgem. D.H.G.B. S. 4654—62, bes. S. 4660. — v. Hahn, Komm. 3. Aufl. Bd. 1 S. 312 (§ 3). — Anschütz u. Völderndorff, Komm. (1868) Bd. 1 S. 128, 164. — Die Bezeichnung „Hauptniederlassung" ist der Terminologie des Gesetzbuchs selbst fremd.

[4]) Das H.G.B. enthält eine Definition der Zweigniederlassung ebensowenig wie von Handelsniederlassung und Hauptniederlassung. Definitionen der Zweigniederlassung finden sich: Busch, Archiv Bd. 1 S. 146; Lesse, das. S. 259; Agricola a. a. O. S. 289; Völderndorff Bd. 1 S. 175.

[5]) Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. 22 S. 184; Völderndorff Bd. 1 S. 175; Hahn Th. I. S. 105.

ein Fabriketablissement befindet, da an ihnen bloße faktische Verrichtungen interner Art, rein technische Manipulationen vorgenommen werden, welche für den Handelsverkehr selbst ohne Interesse sind. Derartige Etablissements sind bloße „Hülfsetablissements".[6]) Werden jedoch an einem Waarenlager auch direkt Waareneinkäufe gemacht oder Lieferungen übernommen (H.G.B. Art. 271 Nr. 1 u. 2), so wird das Hülfsetablissement dadurch zum Handelsetablissement. Das gleiche gilt von der Fabrik, und zwar auch dann, wenn außer für den eignen Handelsbedarf auch für Andere Sachen bearbeitet oder verarbeitet werden (Art. 272 Nr. 1).

Nicht zur Handelsniederlassung wird ein Fabriketablissement dadurch, daß in ihm nicht auf den eigentlichen Handelsbetrieb bezügliche Geschäfte abgeschlossen werden, sondern solche, welche mit dem Fabrikbetrieb bloß im Zusammenhang stehen, das Handelsgewerbe nur unterstützen, wie z. B. die Anschaffung von neuen Maschinentheilen und von Feuerungsmaterial, das Engagement des Arbeiterpersonals, der Abschluß von Transportgeschäften u. s. w., Geschäfte, welche regelmäßig der Fabrikverwaltung überlassen bleiben. Sie sind zwar Handelsgeschäfte, weil sie von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abgeschlossen worden (Art. 273 Abs. 2 H.G.B.); aber sie sind eben auch nur aus diesem Grunde Handelsgeschäfte und als bloße Hülfs- (Neben-) geschäfte nun und nimmer geeignet, ein selbständiges Handelsgewerbe zu bilden.

3. Alles dies hat auch für die Zweigniederlassung zu gelten, da sie sich als Niederlassung mit eignem Handelsbetrieb qualifizirt.[7]) Ein Waarenlager oder ein Fabriketablissement kann, wenn neben dem technischen nicht auch ein merkantiler Betrieb stattfindet, Zweigniederlassung nicht sein. Auch in Bezug auf sie gilt, daß der Geschäftsbetrieb nicht bloß in dem Abschlusse sogen. Hülfsgeschäfte bestehen darf.[8])

---

[6]) „Hülfsetablissement", (das Gesetz kennt diesen Ausdruck nicht), weil bloß zur Unterstützung eines Handelsetablissements bestimmt; zu unterscheiden von dem sog. „Nebenetablissement", welches seinem Karakter nach Handelsetablissement ist (s. unten S. 224), wiewohl beide Ausdrücke sonst auch promiscue gebraucht werden (z. B. Völderndorff S. 174). Wolf in Endemann, Handb. (1881) Th. I. S. 841) spricht von „Hülfsstationen" der Genossenschaften.

[7]) Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. 22 S. 184; Agricola a. a. O. S. 280 ff.; Hahn Bd. 1 S. 105; Völderndorff Bd. 1 S. 175. Die Genossenschaft hat an ihrer Zweigniederlassung keinen Handelsbetrieb, aber doch einen wirklichen Geschäftsbetrieb. Endemann, Handb. Bd. 1 S. 837 ff.

[8]) „Daß die Verträge mit den Arbeitern, über Lieferung von Kohlen, mit

Wie aber, wenn an dem Zweigetablissement, wie dies insbesondere bei den überseeischen Etablissements (Filialen) inländischer Handlungshäuser häufig der Fall, der Geschäftsbetrieb in der Weise sich gestaltet, daß an ihnen nicht Waareneinkauf und -verkauf, sondern der bloße Vertrieb von solchen Waaren statthat, welche eben zu diesem Zwecke vom Haupthaus bezogen werden, wenn also der Kategorie der Hülfsgeschäfte angehörige sog. „Realisationsgeschäfte" abgeschlossen werden? (Art. 273 Abs. 2.) Sind derartige Etablissements etwa deshalb als bloße Hülfsetablissements zu betrachten? — Sicherlich nicht.

Nach der bekannten Goldschmidt'schen Ansicht über die Realisationsveräußerung müßte dieselbe eigentlich „als Glied einer zusammengesetzten Handelsoperation mit gleichem Rechte wie die Spekulationsanschaffung und wie die Realisationsanschaffung objektives Handelsgeschäft sein"; daß dies nicht der Fall, beruhe auf annomaler rein positiver Gesetzesvorschrift (Goldschmidt, Handbuch I S. 650 ff.). Hiervon ausgehend könnte man allenfalls dazu gelangen, beim Vorliegen eines in der Weiterveräußerung bereits angeschaffter Waaren bestehenden Geschäftsbetriebes einer solchen Niederlassung die Eigenschaft eines Handelsetablissements zuzusprechen.[9]) Indeß erscheint es unnöthig, hierzu seine Zuflucht zu nehmen. Denn regelmäßig werden da, wo Waarenabsatz stattfindet, auch Geschäfte geschlossen werden, welche sich als Uebernahme der Lieferung erst anzuschaffender Waaren, also als objektive Handelsgeschäfte karakterisiren (Art. 271 Abs. 2 H.G.B.)[10])

Frachtführern 2c., ja wohl auch über den Transport der Fabrikate 2c., dort abgeschlossen werden, ist gleichgültig" (Hahn S. 105). — „Das Hauptkriterium für die Niederlassung (Zweigniederlassung) ist, daß in ihr Geschäfte abgeschlossen werden, und zwar nicht nur nebensächliche, den Abschluß oder die Ausführung der wesentlichen Geschäfte unterstützende oder erleichternde, sondern wesentliche, zum eigentlichen Geschäftsganzen, der Hauptniederlassung, gehörende . . ." (Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 14 S. 401).

[9]) Ein derartiger Betrieb wäre immerhin ein eigentlicher Handelsbetrieb, die Thätigkeit an einem solchen Etablissement eine merkantile Thätigkeit, und die abzuschließenden Geschäfte nicht bloß nebensächlicher Natur.

[10]) Die Argumentation, die Filiale müsse die von ihr zu veräußernden Waaren erst vom Haupthaus anschaffen und sei schon aus diesem Grunde Handelsniederlassung, ist offenbar nicht angängig; mit gleichem Recht müßte alsdann auch jedes Fabriketablissement als Handelsniederlassung angesehen werden, weil es auf Bestellung des Haupthauses Waaren verarbeitet (so das von Völderndorff Bd. 1 S. 176 zitirte Gutachten der Handels- und Gewerbekammer in Prag)

Hiernächst ist aber noch ein dem Geschäftsbetrieb an der Zweigniederlassung wesentliches Kriterium hervorzuheben, welches im engsten Zusammenhange damit steht, daß die Zweigniederlassung eine Zweighandelsniederlassung ist. Dies ist das Begriffsmerkmal der „Unmittelbarkeit" des Geschäftsabschlusses. Es ist nothwendig, daß der Abschluß von Handelsgeschäften an dem Zweigetablissement statthat, daß daselbst nicht eine bloße Geschäftsvermittelung stattfindet;[11]) denn in Wirklichkeit ist die bloße Vermittelung des Abschlusses nicht minder wie der Fabrikbetrieb eine reine faktische Thätigkeit, welche nur äußerlich derjenigen eines Handelsetablissements gleicht. Es muß die Geschäftsthätigkeit an der Niederlassung in dem unmittelbaren, selbständigen Geschäftsabschluß bestehen, selbständig in dem Sinne, daß der an der Niederlassung bestellte Vertreter, wenn ihr der Prinzipal nicht persönlich vorsteht, die Geschäfte selbst abzuschließen befugt ist.[12]) Er kontrahirt für den Geschäftsherrn und Namens desselben, ist nicht bloßer Bote (nuntius), sondern erklärt seinen eigenen Willen, ist Stellvertreter im juristischen Sinne und in seinem Verhältniß zum Prinzipal nicht Handlungsgehülfe, sondern Handlungsbevollmächtigter (Prokurist).

Deshalb können denn auch z. B. die sog. Agenturen Zweigniederlassungen nicht sein. Bei ihnen werden die abzuschließenden Geschäfte nur vorbereitet und zum definitiven Abschluß an das Hauptgeschäft eingesandt, der Geschäftsabschluß selbst erfolgt von dort aus.[13]) Anders freilich die sog. Generalagenturen, welche die Verträge selbst abzuschließen berechtigt sind.[14])

---

[11]) Agricola S. 283, Endemann S. 837 ff. (bezw. Genossenschaften). „Unmittelbar" in dem Sinne, wie es auch im § 22 der C.P.O. gebraucht ist.

[12]) Ob auch selbständig in dem Sinne von „unabhängig aus eigener Entschließung," ist eine andere weiter unten zu beantwortende Frage. — Die Unmittelbarkeit des Geschäftsabschlusses wird von Anderen auch um deswillen zu den Begriffsmerkmalen der Zweigniederlassung gezählt, weil die bloße Geschäftsvermittelung nicht im Mittelpunkte des Geschäftsbetriebes liege, die Zweigniederlassung aber einen solchen Mittelpunkt bilden müsse (s. unten S. 223 ff.).

[13]) Vgl. den Kommissionsbericht über den Entwurf eines Gesetzes, die in den deutschen Bundesstaaten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gegenseitig zu gewährende Rechtshülfe (zitirt in Ztschr. f. Rechtspfl. Bd. 22 S. 300), welcher vollkommen sachentsprechend ist (wenn auch nicht direkt auf die Zweigniederlassung bezüglich).

[14]) Busch, Archiv Bd. 1 S. 396; Völderndorff Bd. 1 S. 177. — Es ist den Generalagenturen deswegen jedoch nicht ohne Weiteres der Karakter von Zweigniederlassungen beizulegen (s. unten S. 229). Auf die Namen der Agenturen

Wenn man in den Begriff der Zweigniederlassung, wie es oft geschieht, statt der Unmittelbarkeit des Geschäftsabschlusses das Merkmal einer ständigen Stellvertretung aufnimmt, so hat dies seine Berechtigung; doch ist dem hinzuzufügen, daß die Vollmachten des Stellvertreters sich nothwendig auf den Geschäftsabschluß selbst beziehen müssen. Die Einräumung gewisser Befugnisse, wie die Ermächtigung zur Annahme von Zahlungen und Quittungsleistung darüber, zur Bewilligung von Gestundungen und dergl. genügt nicht, weil solche Rechtshandlungen bloß die Erfüllung schon abgeschlossener Geschäfte betreffen. Wesentlich ist der Geschäftsabschluß selbst, welcher jedem Handelsgeschäft erst seinen Inhalt giebt; jene Rechtshandlungen sind gleichfalls nur nebensächlicher Natur, sie können für sich ebensowenig einen Handelsbetrieb bilden, wie die zum Handelsgewerbe in bloßem Konnex stehenden Nebengeschäfte.

Der Zweigniederlassung ist also wesentlich, daß von ihr aus bezw. durch einen ständigen Stellvertreter (Grund-) Handelsgeschäfte selbständig d. h. unmittelbar abgeschlossen werden.[15]) Damit ist jedoch das Wesen der Zweigniederlassung noch keineswegs erschöpft; wie schon bemerkt, hat die Zweigniederlassung die einer Handelsniederlassung zukommenden Eigenschaften mit der Hauptniederlassung gemein. Es ist vielmehr noch zu untersuchen, worin sie sich von der Hauptniederlassung unterscheidet, inwiefern sie sich gerade als „Zweig"niederlassung der „Haupt"niederlassung gegenüber karakterisirt. Gerade hierin, in ihrem Verhältniß zur Hauptniederlassung ist die spezifische Eigenthümlichkeit der Zweigniederlassung zu suchen.

II. Wenn ein Kaufmann mehrere völlig für sich gesonderte Handelsniederlassungen[16]) besitzt, so liegt das Verhältniß von Haupt- und Zweigniederlassung offenbar nicht vor; schon nach dem Wort-

---

kommt es nicht an; indeß haben die Generalagenturen regelmäßig die im Text angegebene Befugniß, die bloßen Agenturen dagegen nicht.

[15]) Deshalb muß die Zweigniederlassung auch (an sich) als selbständige Niederlassung mit einem eigenen Handelsbetriebe vorgestellt werden können (ähnlich Völderndorff Bd. 1 S. 176). — Den Zweigvereinen von Genossenschaften ist ein eigentlicher Geschäftsbetrieb mit selbständigem Geschäftsabschluß gleichfalls wesentlich. Endemann § 153 unter 3 u. 4.

[16]) Ztschr. f. Rechtspfl. Bd. 24 S. 148; Hahn Bd. 1 S. 102 f.; Völderndorff Bd. 1 S. 173 f.; Endemann § 41. — Diese mehreren selbständigen Niederlassungen unterscheiden sich zumeist durch ihre Firmen, doch ist nicht ausgeschlossen, daß sie die nämliche Firma besitzen.

sinn muß die Zweigniederlassung zur Hauptniederlassung in gewisser Beziehung stehen. Indeß werden auch die mehreren selbständigen Handelsniederlassungen, weil sie einen und denselben Inhaber besitzen,[17]) zumeist auch in einem mehr oder weniger intimen Geschäftsverhältniß sich befinden.[18]) Es kommt also darauf an, welcher Art diese Beziehungen sein müssen, um zu der Annahme zu berechtigen, daß die eine Niederlassung eine Zweigniederlassung der anderen sei.

1. Bei allen Handelsgesellschaften kann es mehrere selbständige Handelsniederlassungen überhaupt nicht geben, sie stehen stets im Verhältniß von Haupt- und Zweigniederlassung. Das Handelsgesetzbuch kennt nur einen Sitz der Gesellschaft, also nur eine einzige Hauptniederlassung (H.G.B. Art. 86, 151, 175, 209, Prot. 4654—62; vgl. auch Genossenschaftsgesetz §§ 3, 4). Durch die Bestimmung des § 19 der C.P.O. ist hieran etwas nicht geändert. Abs. 3 besagt nur, daß neben dem durch den Sitz einer Gesellschaft bestimmten Gerichtsstand noch ein besonders geregelter allgemeiner Gerichtsstand zulässig sei; ein zweiter Sitz wird dadurch nicht geschaffen.[19])

Der innere Grund, warum bei den Handelsgesellschaften alle Handelsniederlassungen in dem mehrgedachten Verhältnisse stehen, liegt aber offenbar darin, daß sie sämmtlich einem einzigen Geschäfts-

---

[17]) Selbstverständlich muß der Inhaber von Haupt- und Zweigniederlassung der nämliche sein; bei Gesellschaften genügt deshalb nicht, daß die Gesellschafter dieselben Personen sind, sondern es muß der nämliche Gesellschaftsvertrag zu Grunde liegen; Verschiedenheit des Statuts bedingt auch Verschiedenheit des Rechtssubjekts (Agricola a. a. O. S. 284).

[18]) Andererseits können die geschäftlichen Beziehungen zweier Etablissements auch derartige sein, daß das eine als völlig abhängig von dem anderen erscheint, ohne doch Zweigniederlassung zu sein; diese weiter unten unter II 2 zu behandelnde Frage, ob in concreto ein Etablissement Zweigniederlassung oder bloßes Nebenetablissement sei, dürfte übrigens schwieriger zu beantworten sein, als die hier zunächst zu erörternde Frage, ob eine Niederlassung selbständiges oder Zweiggeschäft sei.

[19]) So auch Puchelt, Komm. z. H.G.B. (3. Aufl.) Art. 86 N. 6 S. 155, welcher es aber dennoch für möglich hält, daß eine Gesellschaft mehrere Hauptniederlassungen habe. — Kowalzig (1879), Komm. z. H.G.B. S. 10 u. 102: wo ein doppelter Wohnsitz bestehen könne, sei für die im betreffenden Rechtsgebiet bestehenden Handelsgesellschaften auch ein doppelter Sitz zulässig. (?) — Nach partikulären Vorschriften haben ausländische Versicherungsgesellschaften im Inland einen Sitz zu wählen, an welchem sie verklagt werden können; derselbe ist jedoch nicht Sitz im Sinne des H.G.B.'s (vgl. hierzu S. 230).

ganzen mit einheitlichem Handelsbetrieb angehören. Während dies bei den mehreren Etablissements eines Einzelkaufmanns keineswegs der Fall zu sein braucht, weil der menschliche Wille eine Potenz ist, die sich nach mehreren Richtungen in verschiedenen Handelsgewerben zu gleicher Zeit zu bethätigen vermag, kann bei der Handelsgesellschaft, welche ihrem Begriffe nach nur ein Handelsgewerbe betreibt (Art. 85, 150, 175, 209 H.G.B.), nur ein einheitlicher Mittelpunkt bestehen, welchem das Ergebniß aus sämmtlichen kleineren Kreisen des Geschäftsganzen schließlich zufließt (vgl. Agricola S. 310 f.).

Wo nun, so darf man folgern, bei mehreren Handelsniederlassungen eines Einzelkaufmanns eine ähnliche Gestaltung der gewerblichen und geschäftlichen Verhältnisse sich vorfindet, da wird die eine Niederlassung die Hauptniederlassung, alle übrigen Handelsetablissements aber werden Zweigniederlassungen sein.

a) Hiernach beantwortet sich vorzüglich die Frage, ob eine Niederlassung Zweiggeschäft einer andern sein könne, wenn „ihre Thätigkeit sich nicht auf alle oder die meisten Handelsgeschäfte erstreckt, welche das Hauptgeschäft abzuschließen pflegt, sondern auf gewisse, nach dem Objekt oder nach örtlichen oder sonstigen Beziehungen bestimmte Arten beschränkt ist“ (Hahn I S. 106), oder ob wegen Verschiedenheit des Handelsbetriebs mehrere völlig für sich gesonderte Handelsetablissements in den einzelnen Geschäftskreisen zu erblicken sind. Jene Verschiedenheit wird nämlich regelmäßig soweit gehen dürfen, daß Gegenstand des Unternehmens bei Haupt- und Zweigniederlassung immer noch das nämliche Handelsgewerbe ist, und dadurch die Füglichkeit der gegenseitigen Unterstützung gewährleistet wird.

Wenn in dem Hauptetablissement beispielsweise sowohl mit Rohwaaren als auch mit Fabrikaten, in der Zweigniederlassung dagegen nur mit letzteren Handel getrieben wird, so ist gerade hierdurch, da Haupt- und Zweigniederlassung sich auf diese Weise gegenseitig fördern, die wirthschaftliche Zusammengehörigkeit beider begründet. Aber auch wenn die Geschäftsbranchen nicht bloß dem Umfange, sondern auch der Art nach verschieden sind, ist die Möglichkeit, daß sie einem einheitlichen Geschäftsganzen als Haupt- und Zweigetablissement angehören, durchaus nicht ausgeschlossen. Wie eine Eisenbahngesellschaft etwa nebenbei noch eine eigene Maschinenfabrik besitzen kann, in welcher außer für den eigenen Bedarf auch

auf fremde Bestellung gearbeitet wird, indem dadurch der handelsgewerbliche Zweck nur eine Ausdehnung erfährt, so kann auch der Einzelkaufmann verschiedenartige Branchen im Haupt- und Zweiggeschäft betreiben; sie bilden immerhin ein einheitliches Handelsgewerbe.[20])

Ob freilich ein Etablissement „mit dem Hauptgeschäft in Verbindung stehende handelsgewerbliche Zwecke verfolgt", wird sich oft allein aus der erklärten Willensabsicht des Geschäftsinhabers mit Sicherheit erkennen lassen[21]), da ja sogar in einem einheitlichen Geschäft, vielleicht nur in verschiedenen Geschäftslokalen örtlich vertheilt, die verschiedenartigsten Waaren Gegenstand des Handels sein können (Puchelt S. 53 N. 1).

b) Ebenso verschiedenartig wie das wirthschaftliche kann auch das geschäftlich-technische Verhältniß von Haupt- und Zweigniederlassung sein. Es kann bei einer offenen Handelsgesellschaft einer der Gesellschafter in Person, bei einer Aktiengesellschaft ein Vorstandsmitglied den Geschäftsbetrieb an dem Zweigetablissement leiten; es kann aber auch, und das wird die Regel bilden, der Zweigniederlassung ein besonderer Vertreter vorstehen. Dieser kann Prokurist oder auch bloßer Handlungsbevollmächtigter sein (Agricola S. 305 f., 308)[22]). Die Prokura ist Vollmacht von gesetzlich bestimmtem und

---

[20]) Agricola S. 289 führt als weitere Beispiele an: „ein Buchhändler kann eine Druckerei, ein Droguist eine Apotheke zur Zweigniederlassung haben." — Wenn ein großes Handelshaus auswärts ein besonderes Speditionsgeschäft zur Versendung seiner Güter oder ein besonderes Etablissement besitzt, welches den Kohlenbedarf für seine Fabriken zu besorgen hat (vgl. Hahn Bd. 1 S. 106), so können dieselben schon um deswillen Zweigniederlassung nicht sein, weil sie nicht Handelsetablissements sind; in dem Speditionsgeschäft werden nicht für fremde, sondern für eigene Rechnung Güterversendungen vorgenommen &c.

[21]) Schon wegen der mannigfach gestalteten gewerblichen und geschäftlichen Verhältnisse darf die bloße Anmeldung einer Niederlassung als Filiale einer anderen ohne weitere Untersuchung als maßgebend betrachtet werden (Agricola S. 289). Nicht zu verwechseln hiermit ist die Frage, ob der Richter eine Handelsniederlassung auch wenn sie ohne allen Zweifel ihrem Karakter nach Zweigniederlassung ist, doch als selbständige Niederlassung zu behandeln hat, wenn sie nicht vom Firmeninhaber als Zweigniederlassung bezeichnet wird (vgl. hierzu Hahn Bd. 1 S. 104 u. unten).

[22]) Letzteres war früher nicht allgemein anerkannt, Busch Bd. 2 S. 157. — Deshalb wurde auch bezweifelt, daß die Aktiengesellschaften Zweigniederlassungen gründen könnten, weil die Ertheilung von Prokura für diese unstatthaft sei (über die Unzulässigkeit der Prokuraertheilung bei Aktiengesellschaften vgl. Ztschr.

insoweit nicht beschränktem Umfange (Art. 42 H.G.B.); doch könne dem Prinzipal gegenüber diese weitgehenden Befugnisse natürli beschränkt sein, so insbesondere auf den Geschäftszweig der Zwei niederlassung, wenn derselbe ein örtlich oder dem Gegenstande na begrenzter ist. Die Handlungsvollmacht hingegen pflegt sich eb nur auf diesen Geschäftszweig zu beziehen; einestheils kann sie ab soweit gehen, wie die Prokura, anderntheils kann sie sich nur a einen Theil derjenigen Geschäfte beziehen, welche an dem Zwei etablissement geschlossen zu werden pflegen.

Regelmäßig wird, wenn nicht gerade der Geschäftsinhaber sel an der Zweigniederlassung thätig ist, diese von dem Hauptgeschä mehr oder weniger abhängig sein.[23]) Und zwar kann diese Abhäng keit im einzelnen Fall eine außerordentlich weitgehende sein. D an dem Zweiggeschäft bestellte Handlungsbevollmächtigte kann v vornherein an die speziellsten Instruktionen gebunden sein; ja dürfte sogar zulässig sein, daß vor Abschluß eines jeden Geschä allemal erst die Genehmigung des Geschäftsinhabers besonders e zuholen ist. Kann doch auch bei der für sich bestehenden Nied lassung die Einrichtung getroffen sein, daß der Vorstand dem einem anderen Orte als am Niederlassungsorte wohnhaften Prinzi über jedes einzugehende Geschäft vor definitivem Abschluß dessell zu berichten und sich bei Eingehung von Rechtsgeschäften str an die ihm zugegangenen Weisungen zu halten hat, ohne d etwa deswegen die Handelsniederlassung als am Wohnort d Prinzipals befindlich anzusehen wäre.[24]) Dafern der Vorstand ei

---

s. Rechtspfl. Bd. 24 S. 472 ff., dagegen Hahn Bd. 1 Anm. zu Art. 234). Ue die Vertreter der Aktiengesellschaften im Allgem. s. Renaud, Das Recht Aktiengesellschaften (2. Aufl.) S. 646.

[23]) Die Zweigniederlassung wird vielfach schlechthin als ein von der Ha niederlassung abhängiges Etablissement bezeichnet. Busch, Archiv Bd. 1 S. und Lesse daselbst S. 259, sowie die dort zitirte Entscheidung des Berli Stadtgerichts: „eine Zweigniederlassung müsse, wie das Wort „Zweig" ang als ein abhängiges Handelsetablissement bezeichnet werden, welches mit de des Hauptgeschäfts in Verbindung stehende handelsgewerbliche Zwecke verfo demselben seine Kraft zuführe und andererseits von demselben unterstützt wer

[24]) So Hahn Bd. 1 S. 97. — Der hier vertretenen Meinung ist a Agricola S. 282 unten; praktisch dürfte eine so weit gehende Abhängigkeit al dings kaum vorkommen. A. M. die Mehrzahl der Kommentatoren und die un bei Note 37 zitirten Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, welche eine wisse Selbständigkeit der Entschließung für wesentlich halten. Wo ist dann a die Grenze zu ziehen?

Zweigetablissements nur nicht bloßer Geschäftsvermittler, sondern juristischer Stellvertreter und nach außen hin, dritten Personen gegenüber, selbständig aufzutreten berechtigt ist, kommt auf die größere oder geringere Abhängigkeit des Zweiggeschäfts gegenüber dem Hauptgeschäft etwas nicht an.

2a) Ist nach dieser Richtung hin eine besondere Selbständigkeit des Zweigetablissements nicht erforderlich, so ist es doch hauptsächlichstes Begriffsmerkmal für die Zweigniederlassung, daß sie in „ökonomischer", „rechnerischer" Beziehung wie ein selbständiges, von der Hauptniederlassung unabhängiges Geschäft erscheint, daß sie den Mittelpunkt eines für sich abgesonderten Geschäftskreises bildet.[25]) Es ist dies schon aus der Bezeichnung der Niederlassung als einer „Zweig"niederlassung zu entnehmen, welche ausdrückt, daß der Geschäftsbetrieb ein von demjenigen der Hauptniederlassung „abgezweigter", für sich bestehender sei. Wegen dieser relativen Selbstständigkeit der Zweigniederlassung hat man sie wohl auch als Pertinenz, Akzessorium der Hauptniederlassung bezeichnet, im Gegensatz zum bloßen Theil, Bestandtheil. Will man überhaupt ein Bild gebrauchen, so dürfte der Vergleich von Haupt- und Zweigniederlassung mit einem „Organismus" noch der passendste sein.[26]) Er drückt einmal aus, daß beide Niederlassungen ein einziges Ganze

---

[25]) Vgl. Völderndorff S. 178; Agricola S. 282, 307 („rechnerische Selbstständigkeit"), Endemann Bd. 1 S. 185. Es ist die Selbständigkeit der Zweigniederlassung nach außen hin nicht alleiniges Begriffsmerkmal, sondern es muß eine gewisse Selbständigkeit der Zweigniederlassung auch nach innen, der Hauptniederlassung gegenüber, vorhanden sein, freilich nur in ökonomischer, buchlicher Hinsicht. — Ein zweiter Wohnsitz (Sitz) ist an der Zweigniederlassung, wie man früher annahm (Goldschmidt, Ztschr. Bd. 8 S. 540 f.; Busch, Archiv Bd. 2 S. 156 ff.), zweifellos nicht begründet, wenn schon an ihm ein gesonderter Kreis der Geschäftsthätigkeit gleichsam domizilirt ist. Hiernach beantwortet sich denn auch die Frage, ob ohne diesbezügliche statutarische Bestimmung von der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft eine Zweigniederlassung begründet werden könne (früher verneint, weil damit ein zweiter Wohnsitz geschaffen werde (vgl. Renaud a. a. O. S. 642 ff.). Auf den Umfang des Geschäftskreises, dessen Mittelpunkt die Zweigniederlassung ist, kommt nichts an; auch hierauf wurde früherhin Gewicht gelegt (vgl. Busch, Archiv Bd. 2 S. 50 f.).

[26]) Das O.L.G. Dresden (Wengler Archiv 1884 S. 7 ff.) ist freilich gerade entgegengesetzter Ansicht. Der Begriff des Organismus ist allerdings noch kein feststehender, doch ist er schon auf anderen Gebieten der Rechtswissenschaft z. B. im Staats- und Verwaltungsrecht verwerthet worden (das Deutsche Reich ein Organismus).

bilden, daß sie wirthschaftlich und geschäftlich als zusammengehörig zu betrachten sind und sich gegenseitig ihre Kräfte zuführen; sodann besagt er aber auch, daß die Zweigniederlassung eine eigene Existenz, eine gewisse Selbständigkeit besitze.

Wenn in einem Etablissement Geschäfte selbständig d. h. unmittelbar abgeschlossen werden, so können dennoch die Beziehungen zu einem anderen Geschäft so gestaltet sein, daß das Etablissement als bloßer Ausfluß des letzteren erscheint und gewissermaßen nicht seine eignen Geschäfte, sondern die eines anderen, des Hauptgeschäfts führt. Dann ist das Geschäft ebenso wie das Hülfsetablissement, an welchem nur eine Geschäftsvermittelung stattfindet, bloß ein untergeordnetes Glied des ganzen Geschäfts; es ist nicht Zweig-, sondern Nebenetablissement (Note 6).[27])

Wenn oben von einer Selbständigkeit in „rechnerischer" Beziehung gesprochen wurde, so sollte damit gesagt sein, daß das zwischen Haupt- und Zweigniederlassung bestehende Rechnungsverhältniß sich ganz so gestaltet, als seien beide zwei für sich gesonderte Etablissements desselben Inhabers. In den Büchern des einen Geschäfts wird das andere als Kreditor und Debitor gebucht.[28]) Bezieht die Zweigniederlassung von der Hauptniederlassung Waaren, so werden sie dieser, vielleicht zu dem Herstellungs- bezw. Einkaufspreise, gutgeschrieben; es wird die zwischen den Waarenbeständen beider vielfach vorkommende Fluktuation genau in den Büchern vermerkt, sodaß diese jederzeit eine genaue Uebersicht über Aktiven und Passiven des einen oder anderen Geschäfts gewähren. Der bei der Zweigniederlassung aus den weiterverkauften Waaren erzielte Erlös wird ganz so verrechnet, als bestände die Zweigniederlassung für sich. Kurz, der Geschäftsbetrieb ist in buchlicher Beziehung ganz so ein-

---

[27]) Das Hülfsgeschäft, kann man sagen, schließt weder im eignen Namen noch für eigene Rechnung ab, das Nebengeschäft nur im eignen Namen aber für fremde Rechnung (des Hauptgeschäfts), das Zweiggeschäft dagegen auch für eigne Rechnung. — Die Mehrzahl der Kommentatoren und Schriftsteller hält nur für wesentlich, daß an der Zweigniederlassung Geschäfte nicht bloß vorbereitet, sondern auch wirklich abgeschlossen werden, und versteht dann unter „Nebenetablissement" dasjenige, was hier mit „Hülfsetablissement" bezeichnet wird (z. B. Lesse, a. a. O. S. 260).

[28]) „Sobald das eine Etablissement (bei gleicher Firma) in den Büchern des andern als Kreditor und Debitor gebucht wird, darf mit Sicherheit auf die Eigenschaft eines Zweigetablissements geschlossen werden" (Völderndorff in seinem Kommentar S. 175 Note 5 und bei Endemann § 41).

gerichtet, daß die Zweigniederlassung auch ohne das Hauptetablissement als selbständig existirend gedacht werden könnte.[29])

Diese Selbständigkeit ist indeß eine nur relative, sie findet ihre Begrenzung darin, daß Haupt- und Zweigniederlassung den nämlichen handelsgewerblichen Zwecken dienen. Die Zweigniederlassung besitzt weder einen besonderen Handlungsfonds, noch kommt ihr besondere Persönlichkeit zu. Sofern man ihr selbständiges Auftreten nach Außen hin in Betracht zieht, mag es allerdings den Anschein gewinnen, als seien Haupt- und Zweiggeschäft verschiedene Persönlichkeiten, nicht zwar in dem Sinne, daß ihnen juristische Persönlichkeit zukommen könnte, aber doch in dem Sinne, in welchem man von der besonderen Persönlichkeit einer selbständigen Handelsniederlassung spricht. Hat nämlich ein Einzelkaufmann mehrere für sich bestehende, gesonderte Handelsniederlassungen, so kann man ebensoviele „kaufmännische Persönlichkeiten"[30]) unterscheiden, als Niederlassungen vorhanden sind. Der menschliche Wille, die menschliche Persönlichkeit wird als eine Potenz gedacht, welche sich gleichzeitig nach den verschiedensten Richtungen hin zu bethätigen vermag. Betreibt nun ein Kaufmann verschiedene Handelsgewerbe und hat er demnach mehrere selbständige Geschäfte, so kann man auch in einem gewissen Sinne von verschiedenen Persönlichkeiten sprechen. Allein hieraus erhellt schon ohne Weiteres, daß, da in Haupt- und Zweigniederlassung nur ein und dasselbe Handelsgewerbe betrieben wird, die Zweigniederlassung mit einer solchen besonderen Persönlichkeit nicht ausgestattet sein kann. Der entgegengesetzten Annahme würde auch widerstreiten, daß alsdann den Handelsgesellschaften, sobald sie neben dem an ihrem Sitze befindlichen Geschäft noch ein Zweigetablissement besäßen, auch verschiedene Persönlichkeit zugesprochen werden müßte, was doch offenbar nicht angängig ist.[31])

---

[29]) Dieses treffliche Kriterium einer Zweigniederlassung wird freilich vielfach auch bloß zur Illustrirung ihrer Eigenschaft als Handelsetablissement angeführt (so Völdernborff S. 176 und Hahn S. 106). Allein, damit ein Zweigetablissement beim Fortfall der Hauptniederlassung selbständig fort existiren könne, muß es auch ökonomisch auf eignen Füßen stehen (besonderer Handlungsfonds? s. unten).

[30]) Völdernborff Bd. 1 S. 134 ff. u. 173 ff.; vgl. auch Agricola S. 305, 311, Bengler Arch. 1884 S. 7 ff. R.O.H.G. Entsch. XX S. 34.

[31]) Alle Handelsgesellschaften betreiben nur ein Handelsgewerbe (S. 220) haben auch nur eine (juristische) Persönlichkeit. Gegen die Annahme besondrer Persönlichkeit spricht auch die Gleichheit der Firmen von Haupt- und Zweigniederlassung; s. hierüber unten S. 232.

Diese Erwägungen lassen auch die Annahme eines besonderen Handlungsfonds für die Zweigniederlassung als ungerechtfertigt erscheinen. Die verschiedenen Geschäfte eines Kaufmanns können als mit besonderen Handlungsfonds ausgestattet angesehen werden, welche zwar eine „innere juristische Selbständigkeit" nicht besitzen, insofern Rechtsbeziehungen zwischen ihnen nicht bestehen können, bei Veräußerung eines Geschäfts Aktiven und Passiven nicht ohne Weiteres auf den neuen Erwerber übergehen 2c., welche aber doch nicht bloß ökonomisch, rechnerisch selbständige Existenz haben.[32] Ein solcher besonderer Handlungsfonds ist aber im Grunde nichts Anderes als das Substrat der kaufmännischen Persönlichkeit, ähnlich wie das Vermögen einer Stiftung, welches als bloßer Vermögenskomplex nicht Träger von Rechten und Verbindlichkeiten sein kann, das Substrat einer fingirten Person ist. Handelsvermögen und kaufmännische Persönlichkeit bezeichnen in ihrem Wesen ein und dasselbe, nur von verschiedenen Seiten aufgefaßt. Es ist deshalb nicht möglich, daß die Zweigniederlassung, obwohl sie eine eigene Persönlichkeit nicht besitzt, doch mit eignem Vermögen ausgestattet sei.[33] Hiermit steht denn auch in Einklang, worauf schon wiederholt hingewiesen wurde, daß Haupt- und Zweigniederlassung beide die nämlichen handelsgewerblichen Zwecke verfolgen. Handelsvermögen ist Zweckvermögen.[34]

---

[32]) Vgl. hierzu Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 2 S. 46 ff., 154, Bd. 3 S. 205, 409 ff., Bd. 15 S. 174 ff. und bes. Bd. 20 S. 34 ff. — Die Frage, ob die Zweigniederlassung einen besonderen Handlungsfonds (in dem im Text angegebenen Sinne) besitze, ist keineswegs ohne praktisches Interesse. Wäre beispielsweise, wie es früher nach einigen Partikularrechten der Fall war, ein sog. Separatkonkurs zulässig (vgl. S. 234), so müßte, wenn die Zweigniederlassung einen eignen Fonds besäße, auch über sie ein besonderes Verfahren eingeleitet werden können. Ferner hängt die Beantwortung der Frage, ob bei der Zweigniederlassung eine besondere Bilanz und Inventur aufzunehmen ist, gleichfalls davon ab, ob man sie sich mit einem besonderen Fonds ausgestattet denkt (Agricola S. 307).

[33]) Sicherlich kann man speziell das Gesellschaftsvermögen, auch beim Bestehen einer Zweigniederlassung, stets nur als ein Handelsvermögen auffassen.

[34]) Ueber das Zweckvermögen vgl. Becker in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 4 S. 499 ff., 555 ff. Eigentliches Zweckvermögen in der strengen Bedeutung des Wortes ist nur das Gesellschaftsvermögen, insofern dieses von dem Vermögen der Gesellschafter streng gesondert selbständig als Träger von Rechten und Pflichten auftritt (K.O. § 44, H.G.B. Art. 113, 119—122); das Handelsvermögen der selbständigen Niederlassung eines Einzelkaufmannes zeigt jedoch insofern eine gewisse bestimmungsgemäße Selbständigkeit und Geschlossenheit, als eine besondere Vertretung in der Weise, daß der Vertreter nur die Firma des besondern Etablissements zeichnen darf, zulässig ist (R.O.H.G. Bd. 20 S. 34 ff.). Vgl. hier-

Das Vermögen der Zweigniederlassung mag nun immerhin ökonomisch als ein thatsächlich gesondertes Vermögen erscheinen, als besonderes Zweckvermögen läßt es sich nicht auffassen, da es bestimmungsgemäß denselben Zwecken dient, wie die Hauptniederlassung.[35])

b) An dieser Stelle sind zwei eigentlich schon seit Einführung des allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs bestehende Kontroversen zu erwähnen, deren Entscheidung von Beantwortung gerade der Frage abhängt, ob die betreffenden Etablissements als bloße Nebengeschäfte ohne Selbständigkeit erscheinen, oder ob sie den selbständigen Mittelpunkt eines vom Hauptgeschäft abgezweigten Geschäftskreises bilden; es sind dies die bekannten Streitfragen, ob die einzelnen Stationen einer Eisenbahn und weiter ob die sog. Generalagenturen von Versicherungsgesellschaften als Zweigniederlassungen im Sinne des Handelsgesetzbuchs zu betrachten seien.[36])

Den Bahnstationen hat man den Karakter von Zweigniederlassungen schon um deswillen absprechen wollen, weil die Stationsvorsteher einer „gewissen Freiheit und Selbständigkeit der Entschließung" entbehrten.[37]) Allein auf die größere oder geringere Abhängigkeit der Vertreter der Zweigniederlassung gegenüber der Hauptniederlassung kann etwas überhaupt nicht ankommen (S. 222), sofern nur der Geschäftsabschluß ein unmittelbarer ist. Daß dies aber der Fall, kann nicht fraglich sein. Obwohl die Stationsverwaltungen den in

über noch Endemann Bd. 1 S. 188. (Die Praxis sei der Theorie, wonach das Geschäft als ein selbständiges und gesondertes Vermögen auch seinen geschlossenen Kreis rechtlicher Beziehungen haben müsse, noch nicht vollständig gefolgt).

[35]) Die Zweigvereine von Genossenschaften können nach besonderer Statutenbestimmung Gewinn und Verlust ihres Geschäftskreises gegenüber dem Hauptverein zunächst ausschließlich zu tragen haben (vgl. Endemann § 153 Note 4); es ist m. E. aber nicht richtig, deswegen zwei gesonderte Handelsvermögen anzunehmen oder zwei besondere Persönlichkeiten, wie Wolf a. a. O. unter 8 es thut; jene Art der Vertheilung des Risiko betrifft nur das innere Verhältniß, nach außen haften alle Genossenschafter gleichmäßig, es wird nur eine rechnerische Selbständigkeit vorausgesetzt.

[36]) Beide Kontroversen haben bei den vielfachen Versuchen, sie zu entscheiden, wesentlich zur Klärung des Begriffes der Zweigniederlassung insbes. nach der Richtung ihrer Selbständigkeit gegenüber der Hauptniederlassung beigetragen, es dürfte sich daher auch eine eingehende Erörterung derselben empfehlen.

[37]) R.O.H.G. Entsch. Bd. 14 S. 401. Entsch. d. R.G. Bd. 2 S. 387 ff., Lesse in Busch Arch. Bd. 2 S. 285 ff. Vgl. zu dieser Frage im Allgem. Hahn Bd. 1 S. 106, Völderndorff Bd. 1 S. 178 und die dort sowie in Goldschmidt Zeitschr. Bd. 6 S. 197 ff. zusammengestellten Präjudizien.

allgemeinen Tarifen enthaltenen Bestimmungen und sonstigen Anordnungen der Hauptverwaltung Folge zu leisten haben, so sind sie doch sicherlich nicht bloße Gehülfen der Hauptverwaltung, deren Thätigkeit sich auf „Aushändigungen, Empfangnahmen und Einkassirungen, kurz auf die Ausführung der eingegangenen Geschäfte" beschränkt. Es wäre unrichtig, etwa zu sagen, das Publikum schließe Fracht- und Transportverträge auf Grund der in den Tarifen bekannt gegebenen Bedingungen und den darin enthaltenen Offerten direkt mit der Hauptverwaltung ab.[38]) — Die Frage, ob die Bahnstationen Zweigniederlassungen seien, ist jedoch deswegen zu verneinen, weil sie nicht in rechnerischer Hinsicht als selbständige Etablissements erscheinen. Daß der Bahnkörper selbst ein einheitlicher, untrennbarer ist, daß die einzelnen Bahnstationen auch äußerlich durch den Schienenstrang verbunden sind, ist zwar an und für sich einflußlos, da der Eintrag der Stationen als Zweigniederlassungen in dieser Richtung überhaupt nicht, sondern nur insofern in Frage kommen kann, als es sich um den Abschluß von Fracht- und Transportverträgen handelt.[39]) Indeß ist die Einheit des Betriebsmaterials auf den eigentlichen Handelsbetrieb doch insofern unmittelbar von Einfluß, als wegen der Gemeinsamkeit der Benutzung der Eisenbahnanlagen und Transportmittel die Betriebskosten allein oder doch in der Hauptsache nur der Hauptverwaltung zur Last fallen.[40]) Die Bücher der Bahnstationen geben zwar eine genaue Uebersicht über alle Einnahmen, nicht aber, da eine Buchung der antheiligen Betriebskosten nicht einmal möglich wäre, über das Gesammtergebniß des Verkehres einer

[38]) Die Billets würden also gleichsam von der Hauptverwaltung bereits vollzogene Urkunden seien, und die Thätigkeit der Stationsbeamten sich auf die Aushändigung dieser Vertragsurkunden und die Entgegennahme der Zahlungen beschränken. Aehnlich Lesse a. a. O. und Busch Arch. Bd. 3 S. 132 (die Stationsverwaltungen seien nur mechanische Instrumente für die Ausführung der von der Direktion durch ihr Reglement dem Publikum zum Voraus angebotenen Frachtverträge).

[39]) Busch Arch. Bd. 1 S. 145; anders Lesse in Busch Arch. Bd. 2 S. 288 ff.; Goldschmidt Bd. 8 S. 548. Entsch. d. R.G. Bd. 2 a. a. O. (die Station nehme „ihrer äußeren Erscheinung nach keine vom Geschäftskreise des Ganzen abgegrenzt gewerbliche Stellung ein.").

[40]) Vielfach wird auch das Moment der „Nothwendigkeit" der Errichtung von Bahnstationen betont; die Zweigniederlassungen seien „solche Niederlassungen, welche ein Kaufmann zum vortheilhaften Betrieb seines Geschäfts freiwillig, beliebig und willkürlich errichte"; so Goldschmidt Zeitschr. VIII S. 548, vgl. auch R.G. Entsch. Bd. 2 S. 387 ff.

einzelnen Station (Lesse 289). Die Eisenbahnstationen erscheinen mehr als Kassenstellen, welche die Fahr- uud Frachtgelder nur für die Hauptverwaltung vereinnahmen und an diese sodann abführen, und insofern kann man allerdings davon sprechen, daß an den einzelnen Stationen thatsächlich nur eine Geschäftsvermittelung stattfinde.[41])

Die andere Streitfrage, ob die Generalagenturen von Versicherungsgesellschaften als Zweigniederlassungen anzusehen seien, ist gleichfalls zu verneinen.[42]) Zwar stellen sie regelmäßig die Polizen selbst aus und haben unter Umständen sogar noch bedeutend weitergehende sich auf die Erfüllung beziehende Befugnisse, wie z. B. die Generalagenturen in Sachsen konzessionirter Feuerversicherungsgesellschaften, welche nach der Sächsischen Verordnuug vom 20. November 1870 § 4 alle mit dem Geschäftsbetrieb einer Feuerversicherungsgesellschaft überhaupt zusammenhängenden Geschäfte, als die Erhebung der Prämien, die Regulirung der Brandschäden, die Feststellung und Auszahlung derselben zu besorgen und die Gesellschaft, wenigstens nach außen hin, unbeschränkt zu vertreten haben. Allein alle diese Befugnisse schließen nicht aus, daß die Generalagenturen bloße Nebenetablissements sind.[43]) Der Umstand, daß nach einzelnen Partikularrechten (z. B. auch nach der Sächs. Verordnung vom 16. September 1856) die ausländischen Versicherungsgesellschaften bei Errichtung

[41]) Die Stationen sind auch dann Zweigniederlassungen, wenn und soweit an ihnen außer dem Transportgeschäft noch ein anderes mit diesem zusammenhängendes Gewerbe betrieben wird (Trajekt, Gasanstalt) Busch Arch. VI S. 124. Renaud, Aktiengesellschaften, 2. Aufl. S. 647.

[42]) Bejaht von Völderndorff Bd. 1 S. 177, Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 14 S. 402, Busch Arch. Bd. 1 S. 396, Entsch. d. R.O.H.G. XVII S. 313 ff. (Daneben wird eine andere Frage zur Entscheidung gebracht, ob nämlich die Generalagenturen als steuerpflichtige stehende Gewerbe anzusehen sind.) Die (bloßen) Agenturen im Gegensatz zu den Generalagenturen (Hauptagenturen, Subdirektionen) sind zweifellos nicht Zweigniederlassungen, sondern nur Hülfsetablissements, da sie die Versicherungsgeschäfte nur vermitteln. Selbstverständlich ist es allgemeine Voraussetzung, daß nicht Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit in Frage stehen.

[43]) A. M. ist auch das O.L.G. Dresden (Wengler Archiv 1884 S. 7 ff.), welches durch die genannten Konzessionsbedingungen alle Erfordernisse einer Zweigniederlassung als gedeckt ansieht. — Wenn es daselbst übrigens heißt, darauf komme etwas nicht an, „inwieweit ein solcher Bevollmächtigter in seinem Verhältnisse nach Innen, also der Versicherungsgesellschaft gegenüber, zum selbständigen Handeln befugt ist", so ist demnach den dargelegten Grundsätzen vollkommen beizutreten.

einer Generalagentur im Inland hinsichtlich aller derjenigen Versicherungsgeschäfte, welche sie mit Inländern oder über inländische Versicherungsobjekte abschließen, einen bestimmten Sitz wählen müssen, an welchem sie auch Recht zu leiden haben, ist jedenfalls für sich allein ebensowenig geeignet, sie als Zweigniederlassung erscheinen zu lassen, wie ferner, daß sie im Inland einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen gehalten sind.[44] Allein auch der Umstand, daß die Generalagenturen solcher Versicherungsgesellschaften nach außen hin, sowohl was den Abschuß der Geschäfte anlangt, als auch in Bezug auf die Erfüllung, völlig selbständig erscheinen, macht sie, wie gesagt, nicht nothwendig zu Zweigniederlassungen. Der Mangel solcher selbständiger Befugnisse würde zwar wohl geeignet sein, die Annahme, daß sie als Zweigniederlassungen anzusehen seien, auszuschließen; um sie aber als Zweigniederlassungen zu qualifiziren, würde noch erforderlich sein, daß sie auch nach innen, d. h. dem ausländischen Geschäftsbetrieb gegenüber, eine gewisse Geschlossenheit zeigten, daß sie auch ökonomisch selbständig aufträten, sodaß sie beim Wegfall der ausländischen Hauptniederlassung als selbständig fortbestehend gedacht werden könnten. Das ist nun aber regelmäßig bei derartigen Generalagenturen nicht der Fall. Das Rechnungsverhältniß zwischen dem Haupt- und dem inländischen Geschäftssitz ist, genau betrachtet, trotz der weitgehendsten Vollmachten der Generalagenten nicht verschieden von demjenigen eines bloßen Nebenetablissements. Wenn schon die Generalagenturen einerseits die Prämiengelder selbst vereinnahmen und andererseits die Entschädigungen selbst auszahlen, so geschieht dies doch nicht in der Weise, daß sie diese Einnahmen und Ausgaben als eignen Gewinn und Verlust verrechnen, sondern sie machen faktisch nur die Kassirer der auswärtigen Hauptstellen, an welche alle Prämiengelder abzuführen sind, und von denen aus die Entschädigungen, nach erfolgter Feststellung seitens der Generalagenten, zur Auszahlung gelangen. Sollten die Generalagenturen als Zweigniederlassungen angesehen werden können, so müßten sie auch ökonomisch selbständig sein, sie müßten aus eigenen

[44]) Zeitschr. f. Rechtspfl. Bd. 22 S. 300 ff. sächs. Justizministerialverordn. vom 24. März 1862, Wengler Archiv (1884) S. 10 ff. (O.L.G. Dresden). Vgl. dagegen Zeitschr. f. Rechtspfl. Bd. 8 S. 550 ff., Wengler Arch. (1883) S. 175. Die Bestimmung eines inländischen Sitzes hat nur prozessuale und höchstens materiellrechtliche Bedeutung (Endemann Handb. Bd. 1 S. 113, Wengler Arch. a. a. O.).

Mitteln erfüllen können[45]) und ihre Bücher ein richtiges Bild von Gewinn und Verlust der an der Agentur eingegangenen Versicherungsgeschäfte gewähren.

B. Der in Vorstehendem entwickelte Begriff der Zweigniederlassung ist ein Rechtsbegriff, d. h. das Recht knüpft an ihn gewisse Folgen; mit gutem Fug darf man daher von einer rechtlichen Natur der Zweigniederlassung sprechen.

Abstrahiren kann man von denjenigen Rechtsfolgen, welche darauf zurückzuführen sind, daß die Zweigniederlassung den Karakter einer Handelsniederlassung besitzt, daß an ihr, im Gegensatz zum Hülfsetablissement, Handelsgeschäfte, und zwar unmittelbar abgeschlossen werden. Dahin würde beispielsweise gehören, daß die Zweigniederlassung in Ansehung der an ihr geschlossenen Geschäfte den Erfüllungsort des Art. 324 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs begründet, wenn eine Willensabsicht der Parteien, an welchem Orte zu erfüllen sein solle, sich nicht sonst aus den Umständen erkennen läßt (Agricola S. 313).

Es kommen hier nur die der Zweigniederlassung spezifisch eigenthümlichen Rechtsfolgen in Frage;[46]) in ihnen allein, kann man sagen, äußert sich der Rechtsbegriff der Zweigniederlassung.

Wie derselbe nun doppelter Natur ist, so sind auch die Rechtsfolgen zwiefache: einmal solche, welche sich aus der Zusammengehörigkeit von Zweig- und Hauptniederlassung, beziehentlich aus der Abhängigkeit der ersteren ergeben, sodann aber auch solche, die sich daraus erklären, daß die Zweigniederlassung der Hauptniederlassung gegenüber in gewissen Beziehungen als selbständig in Betracht kommt.[47])

I. Um mit den letzteren zu beginnen, so ist vor Allem bemerkenswerth, daß

---

[45]) In diesem Sinne dürfte es (gegen die Annahme des O.L.G. Dresden a. a. O.) allerdings nicht unwesentlich sein, wo die Prämien und Reserven bereit gehalten werden. Wenn übrigens in der zitirten Entscheidung als Kriterium der Zweigniederlassung eine Organisation bezeichnet wird, welche ein selbständiges Fortbestehen der Zweigniederlassung nach Wegfall der Hauptniederlassung ermögliche, so ist eben für die Generalagentur, wenn sie eine Zweigniederlassung sein soll, eine eigene Vermögensverwaltung nothwendig.

[46]) Die Begründung des Erfüllungsorts ist keine der Zweigniederlassung eigenthümliche Rechtsfolge; auch im Nebenetablissement kann der Erfüllungsort begründet sein, weil dort unmittelbarer Geschäftsabschluß statthat.

[47]) Die ersteren sind der Zweigniederlassung eigenthümlich im Gegensatz zum selbständigen Handelsetablissement, die letzteren im Gegensatz zum Nebenetablissement.

1. die Firma der Zweigniederlassung trotz ihrer Zugehörigke zum Hauptgeschäft wie die Firma einer für sich bestehenden selb ständigen Niederlassung in das zuständige Handelsregister einzutrag ist (Art. 21 Abs. 1; 86, 152, 179, 212 H.G.B.; Genossenschaftsges § 7);[48]) das Nebenetablissement ist nicht eintragsfähig, es führt übe haupt keine eigene Firma. Zuständig für die Vornahme des Ei trags ist unter Umständen dasselbe Gericht, welches den Eintrag d Hauptniederlassung zu bewirken hat, wenn nämlich Zweig= u Hauptniederlassung in demselben Registerbezirk liegen.

Sind die Fragen nach der Beschaffenheit der Firma der Zwe niederlassung und der Art und Weise ihres Eintrags in das Hande register weiter unten zu erörtern, sofern sie sich zwar gleichfalls a der Doppelnatur der Zweigniederlassung beantworten, aber me auf die Abhängigkeit und Zusammengehörigkeit von Haupt= u Zweigniederlassung zurückzuführen sind, so ist an dieser Stelle n die Vorschrift des Abs. 2 von Art. 21 zu erwähnen. Besteht näml an dem Orte oder der Gemeinde, wo die Zweigniederlassung richtet wird, bereits eine gleiche Firma, so soll das in Art. 20 H.G aufgestellte Prinzip, daß jede neue Firma sich von allen an de selben Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden Firmen deutl unterscheiden müsse, nicht etwa wegen des für Haupt= und Zwe niederlassung bestehenden Grundsatzes der Firmengleichheit (s. un S. 23) und wegen der Zugehörigkeit der Zweigniederlassung Hauptniederlassung durchbrochen werden, sondern es soll die Zwe niederlassung gezwungen sein, einen unterscheidenden Zusatz an nehmen, als bestände sie ganz für sich. Hierauf wird übrig weiter unten nochmals zurückzukommen sein.

2. Weiter knüpfen sich auch prozeß= bezw. konkursrechtl

---

[48]) „Die Bestimmungen des H.G.B.'s über die Eintragung in das Hand register und die rechtlichen Folgen derselben finden auf die Reichsbank keine wendung" (§ 66 des Bankges.). — Ist die Zweigniederlassung bei geringem schäftsumfange (Art. 10) einzutragen? Ich möchte dies bejahen, vorausges daß der Geschäftsbetrieb an der Hauptniederlassung ein größerer und der haber Vollkaufmann ist (Haupt= und Zweigniederlassung einer Persönlichk dagegen Keyßner in Busch Arch. Bd. 2 S. 59. Der Eintrag ist durch Ordnun strafe zu erzwingen, außer bei Genossenschaften; dagegen finden auf die Zw niederlassungen dieser letzteren auch bei nicht erfolgtem Eintrag alle Vorschri für eingetragene Genossenschaften Anwendung, da Haupt= und Zweigniederlass eine Persönlichkeit sind.

Folgen daran, daß die Zweigniederlassung der Hauptniederlassung gegenüber relativ selbständig ist.

Wie an jedem selbständigen Handelsetablissement ist an der Zweigniederlassung der Gerichtsstand der Niederlassung begründet, und zwar für alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Zweigniederlassung Bezug haben. § 22 der C.P.O. Abs. 1 besagt: „hat Jemand zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes eine Niederlassung, so können gegen ihn alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, bei dem Gerichte des Orts erhoben werden, wo die Niederlassung sich befindet. Daß am Orte der Zweigniederlassung ein derartiger Gerichtsstand besteht, kann Bedenken nicht wohl unterliegen (vgl. die Komm. z. C.P.O. von Gaupp I S. 72 ff., 34 ff., Puchelt S. 158 ff., Endemann (1878) I S. 263). Um den Gerichtsstand der Niederlassung zu begründen, genügt zwar nicht, wie man nach dem Wortlaut der Gesetzesstelle anzunehmen geneigt sein könnte, die Unmittelbarkeit des Geschäftsabschlusses am Niederlassungsorte (Nebenetablissement). Denn wie aus der ganzen Entstehungsgeschichte des Paragraphen sich ergiebt, ist der Gerichtsstand der Niederlassung dem des Wohnsitzes nachgebildet, setzt also ein wohnsitzartiges Verhältniß voraus.[49]) Es kann aber nicht fraglich sein, daß die Zweigniederlassung dieser Voraussetzung voll entspricht, indem sie den selbständigen Mittelpunkt eines gesonderten Geschäftskreises bildet, an welchem sich alle diesem Kreise angehörigen geschäftlichen Beziehungen konzentriren. Nach früherem Rechte begründete die Zweigniederlassung möglicherweise nur ein forum gestae administrationis oder contractus (Agricola a. a. O. S. 312 ff.); beide Gerichtsstände können unter Umständen neben dem Gerichtsstand der Niederlassung

---

[49]) Wegen der Entstehungsgeschichte des § 22 C.P.O. darf wohl auf die ausführliche Darstellung in der Entsch. des R.G. Bd. 2 S. 387 ff. verwiesen werden, in welcher speziell die Frage, ob Bahnstationen oder die Betriebsämter den Gerichtsstand der Niederlassung begründen, verneint worden ist (dagegen Gaupp Bd. 1 S. 73). — Was hier und weiter unten über die Begründung von Gerichtsständen gesagt ist, gilt auch für die Genossenschaften (Endemann § 153 a. E.). Wegen der gegen die Reichsbankhauptstellen und Bankstellen anzustellenden Klagen vgl. § 38 Abs. 3 des Bankges.; gegen die Nebenstellen kann am Orte, wo sie errichtet sind, nicht geklagt werden, schon weil sie nicht zum selbständigen Geschäftsabschluß berechtigt sind (Seuffert, Kommentar zur C.P.O. 2. Aufl. § 22 a. E.). Für Generalagenturen von Versicherungsgesellschaften wird regelmäßig bei der Konzessionirung ein Gerichtsstand geschaffen.

konkurriren. Bemerkenswerth ist aber noch wegen der dem for domicilii verwandten Natur des letzteren, einmal daß an ihm Ansprüche geltend gemacht werden können, welche überhaupt irgend welcher Beziehung zur Zweigniederlassung stehen, also n bloß aus Vertragsverhältnissen herrührende, sondern auch so dinglicher, steuerrechtlicher und deliktischer Natur (z. B. Klagen Grund des Reichshaftpflichtgesetzes); und sodann daß mit dem F fall der Zweigniederlassung der Gerichtsstand gleichfalls in Weg kommt (Petersen, Komm. z. C.P.O. 2. Aufl. S. 34 ff.) und, nicht etwa ein besonderer Gerichtsstand z. B. der Erfüllung in Orte der Zweigniederlassung begründet ist, daselbst aus Geschä mit der Zweigniederlassung nicht weiter geklagt werden kann.

In § 208 der K.O. wird für den Fall, daß ein Schuldner deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand, wohl aber Handlung besitzt, von welcher aus unmittelbar Geschäfte abgeschl werden, ein besonderes Konkursverfahren über sein inländisches mögen für zulässig erklärt; während im Prinzip nach der K.O. Partikularkonkurs, auch bei völliger Selbständigkeit des Etablissem und dem Vorhandensein eines besonderen Fonds, unzulässig i soll doch in dem ebengedachten Falle, welcher ein Ausnahm eigentlich nicht ist, ein separates Verfahren eingeleitet we dürfen. Voraussetzung dürfte aber auch hier ein gewisses woh artiges Verhältniß, eine gewisse Selbständigkeit der Handlung sodaß der unmittelbare Geschäftsabschluß allein zur Einlei eines separaten Konkursverfahrens über das inländische Han vermögen nicht hinreicht.[51]) Hat aber der Schuldner im In eine Zweigniederlassung, so kann aus den schon dargelegten G

---

[50]) Früher war allerdings ein separates Verfahren nach einigen Parti rechten zulässig; ob auch über die Zweigniederlassung, war kontrovers, je dem man sie als mit eigenem Vermögen ausgestattet dachte oder nicht Prot. S. 37). Keine Ausnahme bildet der Fall der Konkurseröffnung zur sellschaftsvermögen, da dasselbe vom übrigen Vermögen auch sonst vollst getrennt erscheint (vgl. Art. 122 verb. m. 119 u. 121 H.G.B.'s). Ueber das Recht vgl. Agricola S. 309 f., 321.

[51]) A. M. ist Sarwey, Komm. z. K.O. § 208 Note 1. Aber ohne rechn Selbständigkeit des Etablissements fehlt es ja an jedem Anhalte, was zur kursmasse zu ziehen ist, was nicht. Auf der andern Seite bedarf es indeß k wegs der Annahme eines besonderen Handelsvermögens (in der Bedeutung Handlungsfonds); es reicht auch hier die Analogie des Wohnsitzes zur Erkl vollständig aus (K.O. § 64).

den ein besonderes Verfahren unbedenklich als zulässig angesehen werden.[52])

II. Bei den genannten Rechtsfolgen ist es irrelevant, ob die Zweigniederlassung auch als solche nach außen in die Erscheinung tritt. Sie erklären sich aus der relativen Selbständigkeit der Zweigniederlassung, sodaß darauf etwas nicht ankommen kann, ob es bekannt ist, daß sie nur ein abgezweigtes Geschäft ist. Als sei sie unabhängig, wird ihre Firma ins Handelsregister eingetragen, kann über sie ein besonderes Konkursverfahren eröffnet und gegen sie Klage erhoben werden. Bei denjenigen Rechtsfolgen hingegen, welche auf den eigenthümlichen Zusammenhang von Haupt- und Zweigniederlassung zurückzuführen sind, muß weiter noch hinzutreten, daß die letztere auch als Zweigniederlassung kenntlich, daß sie für eine solche erklärt worden ist.[53]) Denn ist das Verhältniß zur Hauptniederlassung nicht nach außen zu erkennen, so kann es auch nicht nach außen, dritten Personen gegenüber, wirksam werden. Dies gilt vor Allem von den civilrechtlichen Folgen, welche an den Eintrag bez. Nichteintrag ins Haupt- bez. Zweigregister[54]) geknüpft sind (s. unten S. 249 ff., vgl. auch Note 78). Die Zweigniederlassung wird, wenn sie in dieser ihrer Eigenschaft nicht kenntlich ist, vom Recht auch nicht als Zweigniederlassung behandelt. — Insofern man nun gerade in der Abhängigkeit des Zweiggeschäfts von dem Hauptgeschäft die eigenthümliche Natur der Zweigniederlassung findet, wie dies denn auch eine gewisse Berechtigung hat, so kann man sagen, diejenige Zweigniederlassung, welche nicht auch als solche eingetragen ist, sei zwar thatsächlich, nicht aber rechtlich eine Zweigniederlassung Insofern man dagegen auch die weiteren schon hervorgehobenen

---

[52]) Weitere Rechtsfolgen: Kann sich ein stiller Gesellschafter wegen der rechnerischen Selbständigkeit der Zweigniederlassung bloß an dieser betheiligen? Ist die Veräußerung eines Zweiggeschäftes für sich allein unter Beibehaltung der bisherigen Firma zulässig? Beide Fragen dürften zu bejahen sein; Zentralorgan Bd. 1 § 7 ist letztere verneint; erstere wird bejaht von Hahn Bd. 1 S. 770 u. Lesse S. 259.

[53]) Hierzu vgl. vorzüglich Hahn Bd. 1 S. 102 ff. Dabei ist es irrelevant, ob die Firmen beider Niederlassungen die gleichen sind; die Firma X. in Y. ist eine andere, als die nämliche Firma in Z.

[54]) Sit venia verbo, wenn hier und auch weiterhin der Kürze halber statt „Handelsregister der Haupt- und Zweigniederlassung" die Ausdrücke „Hauptregister" und „Zweigregister" gebraucht sind, und neben dem Eintrag nicht auch der Veröffentlichung Erwähnung geschieht.

Rechtsfolgen in Betracht zieht, welche ihr im Gegensatz zum Neben-geschäft eigenthümlich sind, kann man gewissermaßen von einer Zweigniederlassung im engeren und weiteren Sinne sprechen, indem denjenigen Rechtsfolgen, welche auch ohne Eintrag bestehen, durch die Vornahme desselben, durch die Bekanntgabe der Eigenschaft der Niederlassung als eines abhängigen Etablissements noch eine Anzah weiterer Rechtsfolgen hinzutritt.[55])

1. Vorerst sind einige Folgen zu erwähnen, welche wenige auf das zwischen Haupt- und Zweigniederlassung bestehende Ab hängigkeitsverhältniß als darauf zurückzuführen sind, daß für beid Identität des Inhabers Begriffsmerkmal ist.

a) Vorzüglich hat dies hinsichtlich zweier Rechtssätze zu gelten welche nur anscheinend ihren Grund in der Einheit von Haup und Zweiggeschäft haben, nichtsdestoweniger aber, wennschon sie z den der Zweigniederlassung spezifisch eigenthümlichen Rechtsfolge der Zweigniederlassung nicht zählen, doch nicht übergangen werde dürfen. Der eine dieser Sätze geht dahin, daß zwischen Haup und Zweigniederlassung Rechtsverhältnisse nicht begründet werde können, der andere dahin, daß Rechtshandlungen der einen Niede lassung auch die andere berechtigen und verpflichten.

Die Richtigkeit des ersteren Satzes kann einem Zweifel nic wohl unterliegen. Eine nur scheinbare Ausnahme ist es, daß d Zweigniederlassung auf die Hauptniederlassung Wechsel ziehen kann.[5 Es hängt dies mit der formalen Natur des Wechsels zusamme welche gestattet, daß der Aussteller sich selbst als Bezogenen b zeichnen kann (Kommanditwechsel; trassirt eigener Wechsel).

---

[55]) Daß eine Zweigniederlassung überhaupt als selbständig (ohne Hinwe auf die Hauptniederlassung) eingetragen werden kann, ist recht wohl denkb (Völderndorff Bd. 1 S. 179, Hahn Bd. 1 Art. 21 § 2). Der Richter hat lediglich a Grund der abgegebenen Erklärungen den Eintrag vorzunehmen, wennschon er a die Uebereinstimmung von Erklärung und erklärter Thatsache hinzuwirken u insbesondere auch die Erklärungen nach ihrer rechtlichen Bedeutung zu prüf hat (Völderndorff Bd. 1 S. 103, Hahn Bd. 1 S. 70 Note 12). Im einzelnen Falle ka es zudem für den Richter ganz unmöglich sein, ohne eine hierauf gerichtete E klärung zu erkennen, ob eine Niederlassung Zweigniederlassung ist oder nicht.

[56]) Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 19 S. 203, Bd. 1 S. 233 (wo freilich von einer „sep raten Persönlichkeit" gesprochen wird [?]) — Wolf bei Endemann § 153 unter hält es für möglich, daß Haupt- und Zweigverein mit einander prozessiren, we beide in einem derartigen Rechnungsverhältnisse stehen, daß sie Gewinn und V lust besonders tragen. M. E. ist dies nicht denkbar, es können nur die M glieder als solche gegen einander klagen.

Der andere Satz ist die Beantwortung der Frage, ob das Zweigetablissement aus Geschäften der Hauptniederlassung wirksam belangt werden könne. Eigentlich läßt sich die Frage in dieser Weise gar nicht stellen. Denn es ist überhaupt nicht möglich, daß die Haupt- oder die Zweigniederlassung als solche verklagt werden. Wird gegen die Firma X. Klage erhoben, so wird eben die Firma X. und nicht die Hauptniederlassung X. oder die Zwiegniederlassung X. belangt. Mag nun die Verbindlichkeit von dem Haupt- oder dem Zweiggeschäft eingegangen sein, immerhin ist die gemeinschaftliche Firma X.[57]) die Verpflichtete, sodaß auch gegen sie wirksam geklagt werden kann. Wird, wie es wohl vorkommen kann, in der Klage ausdrücklich die beklagte Firma als Zweigniederlassung bezeichnet, so ist dies nur eine nicht völlig korrekte Fassung des Klagrubrum, wegen deren die Klage aus einem an der Hauptniederlassung abgeschlossenen Geschäfte nicht etwa als gegen die falsche Beklagte gerichtet abzuweisen ist. Eine Klagabweisung könnte höchstens aus dem Grunde erfolgen, weil Unzuständigkeit des Gerichts vorläge, wenn statt am Orte der Hauptniederlassung an der Zweigniederlassung oder umgekehrt geklagt würde. Können aber Ansprüche gegen die eine Niederlassung auch gegen die andere angriffsweise geltend gemacht werden, so muß dies natürlich auch bei einredeweisem Vorbringen gelten. Wird also beispielsweise aus einem mit dem Hauptetablissement abgeschlossenen Geschäft geklagt, so kann der Beklagte auch Einwände aus Geschäften mit der Zweigniederlassung erheben.

Beide Sätze sind, wie schon bemerkt, genau genommen nicht aus dem eigenthümlichen Zusammenhang von Haupt- und Zweigniederlassung zu erklären, sondern ergeben sich schon daraus, daß beide Niederlassungen den nämlichen Inhaber haben. Denn auch für zwei völlig selbständige Niederlassungen gilt, daß zwischen ihnen Rechtsverhältnisse nicht begründet werden können, da ihnen rechtliche Persönlichkeit nicht zukommt, Niemand aber zugleich sein eigener Schuldner und Gläubiger sein kann, und ferner, daß die eine Niederlassung die Verantwortlichkeit für Rechtshandlungen der anderen nicht ablehnen kann. Eine Selbständigkeit der einzelnen Handlungs-

---

[57]) Genauer die betreffende Persönlichkeit, welche unter dieser Firma Handel treibt; es kann die Klage aber auch gegen die Firma selbst gerichtet werden, der Inhaber ist unter Umständen seinem persönlichen Namen nach gar nicht bekannt; Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 3 S. 409 ff.

fonds in der Weise, daß für die an der einen Niederlassung eingegangenen Verbindlichkeiten auch nur der daselbst bestehende Fonds hafte, ist im Rechte nicht anerkannt. Es könnte sich höchstens fragen, ob wegen der bestimmungsgemäßen Geschlossenheit der einzelnen Fonds, da der an der Niederlassung X. bestellte Vertreter nicht auch die Niederlassung Y. zu vertreten berechtigt ist, aus dem Geschäftsverhältniß der nicht prozessirenden Firma Einreden entnommen werden können. Und das ist zu bejahen, weil nominell zwar die Firma, in Wirklichkeit aber der Inhaber klagend oder als Beklagter auftritt, und es dolos wäre, wenn er als Inhaber der einen Niederlassung die Handlungen der anderen nicht vertreten wollte.[58])

b) Verschieden von der Frage, ob aus Geschäften der Zweigniederlassung auch gegen die Hauptniederlassung geklagt werden dürfe, ist die andere Frage, ob aus solchen Geschäften auch am Orte der Hauptniederlassung geklagt werden könne, wenn daselbst nicht ein spezieller Gerichtsstand begründet ist. Dies ist für alle Handelsgesellschaften zu bejahen; an ihrem Sitz ist für alle Klagen gegen die Gesellschaft überhaupt, also auch für Klagen aus Geschäften, welche mit der Zweigniederlassung abgeschlossen worden sind, ein ordentlicher Gerichtsstand begründet.[59]) Für die Hauptniederlassung des Einzelkaufmanns gilt dies nicht; nur dann kann an der Haupt-

---

[58]) Vgl. hierzu die Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 3 S. 409ff., Bd. 15 S. 174ff., Bd. 20 S. 34f., welche sich über diese Fragen, insbesondere auch über die Bedeutung der Firma aussprechen. — Wenn der Institor an der Niederlassung O. ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung in Beziehung auf die von ihm nicht vertretene Niederlassung P. handelnd aufgetreten ist, so ist natürlich der Inhaber, weil jener seine Befugnisse überschritten hat, überhaupt nicht verpflichtet, hat also auch keine Verantwortlichkeit für solche Rechtshandlungen zu übernehmen.

[59]) H.G.B. Art. 111, 164, 213 (Lutz, Prot. S. 4660), verb. mit § 19 der C.P.O.; Genossenschaftsges. § 11 verb. m. § 23 der C.P.O. Dieser Gerichtsstand dauert auch nach Auflösung der Gesellschaft fort (H.G.B. Art. 144, 172, 247 und Genossenschaftsges. § 49 verb. m. E.G. z. C.P.O. §§ 13 Abs. 1, 15²). — „Als Sitz gilt, wenn nicht ein Anderes erhellt, der Ort, wo die Verwaltung geführt wird" (C.P.O. § 19 Abs. 1), übereinstimmend mit den handelsrechtlichen Grundsätzen. Wenn einige Kommentatoren (Seuffert C.P.O. S. 21 u. Puchelt, C.P.O. S. 143ff.) meinen, damit sei die Möglichkeit gegeben, daß der Sitz (statutarisch) an einem anderen Orte sich befinde, als die Verwaltung (oberste Geschäftsleitung), so kann dies nicht als richtig angesehen werden (Gaupp Komm. z. C.P.O. Bd. 1 S. 63); der Sitz ist ein Faktum, derselbe bestimmt sich durch das Geschäft selbst und hängt nicht von der Willkür des Inhabers ab (Endemann § 41 Note 23).

niederlassung aus derartigen Handelsgeschäften Klage erhoben werden, wenn sich daselbst zugleich der Wohnsitz des Kaufmanns befindet. Der Sitz der Gesellschaft ist gleichsam das Domizil der Sozietät (Endemann I § 23); an ihm konzentriren sich sämmtliche Rechtsbeziehungen der der Gesellschaft zukommenden Persönlichkeit. Die Hauptniederlassung des Einzelkaufmanns hingegen umfaßt nicht einmal alle seine geschäftlichen Beziehungen, da er mehrere selbständige Handelsniederlassungen neben einander besitzen kann (Agricola S. 310).[60])

Neben dem Gerichtsstand am Gesellschaftssitze kann übrigens durch Statut oder in anderer Weise z. B. durch Gesetz noch ein zweiter allgemeiner Gerichtsstand begründet werden (C.P.O. § 19 Abs. 3), sodaß demnach die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß auch an der Zweigniederlassung ein allgemeiner Gerichtsstand besteht. Es wird zwar vielfach behauptet, dieses besonders geregelte Forum schließe den Gerichtsstand des Sitzes aus, es läßt sich jedoch diese Ansicht weder mit dem Wortlaut, noch auch mit der Entstehungsgeschichte des Abs. 3 von § 19 der C.P.O. vereinbaren.[61]) Ursprünglich lautete Abs. 3 allerdings dahin: „Die Bestimmungen dieses Paragraphen kommen nicht zur Anwendung, wenn der Gerichtsstand durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelt ist." Statt dessen wurde jedoch später, indem ein in der Justizkommission gestellter Antrag, diesen Absatz völlig zu streichen, nur deswegen abgelehnt wurde, weil es besonders für ausländische Gesellschaften von Wichtigkeit sei, neben dem Gerichtsstand am ausländischen Sitze einen inländischen allgemeinen Gerichtsstand schaffen zu können (z. B. für die Generalagenturen ausländischer Versicherungsgesellschaften), folgende Bestimmung aufgenommen: „Der durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelte Gerichtsstand wird durch vorstehende Bestimmungen

[60]) Da wohl an der Hauptniederlassung von Gesellschaften, nicht aber auch einzelner Personen aus Geschäften mit der Zweigniederlassung geklagt werden kann, so kann dies nicht eigentliche Folge der Zusammengehörigkeit von Haupt- und Zweigniederlassung sein, man müßte denn hierin bloß eine Inkonsequenz des Rechts sehen (so Endemann Bd. 1 S. 186).

[61]) Vgl. Protokolle zur C.P.O. S. 8 f. 648. — Die entgegengesetzte Ansicht wird in den Kommentaren zur C.P.O. von Struckmann u. Koch 3. Aufl. S. 14, Petersen 2. Aufl. S. 28 f. unter 3 und Endemann (1878) S. 258 Bd. 3 vertreten. Mit dem Wortlaut läßt sich diese Ansicht nur gezwungener Weise vereinbaren; indeß darf man, da beide nicht geradezu unvereinbar sind, mit der grammatischen Auslegung sich nicht begnügen.

nicht ausgeschlossen." Damit kam aber die Gleichberechtigung beider Gerichtsstände klar zum Ausdruck, und kann darauf etwas nicht ankommen, daß die veränderte Bestimmung in der Kommission von einer Seite als redaktioneller Natur bezeichnet wurde. Abs. 3, wie er jetzt lautet, ist aber nur eine andere, freilich weniger klare Fassung dieser letzteren Bestimmung. — Der entgegengesetzten Auffassung, wonach also der allgemeine Gerichtsstand am Sitze der Handelsgesellschaft durch einen gewählten oder gesetzlichen Gerichtsstand ausgeschlossen würde, steht überdies noch ein anderes Bedenken entgegen. Im E.G. zur C.P.O. ist in § 13 Abs. 1 ausdrücklich bestimmt, daß durch die Vorschriften der C.P.O. an den in Reichsgesetzen enthaltenen prozessualen Bestimmungen nichts geändert werden solle; eine solche Aenderung würde aber darin, daß der natürliche Gerichtsstand am Gesellschaftssitze zu einem bloß subsidiären gemacht würde, zweifelsohne zu finden sein.[62])

Der am Sitz der Gesellschaft begründete allgemeine Gerichtsstand ist übrigens auch in konkursrechtlicher Beziehung insofern von Bedeutung, als daselbst ein ausschließlicher Gerichtsstand für die Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen begründet ist (K.O. § 64 verb. m. §§ 193, 195, 198).

2. Diejenigen Folgen, welche rechtlich in dem Verhältniß zwischen Haupt- und Zweigniederlassung begründet sind, zerfallen in der Hauptsache in zwei Arten, in solche, welche auf die Eintragungen ins Handelsregister selbst sich beziehen, und in die civilrechtlichen Wirkungen der Einträge.

a) Was den Eintrag der Firma einer Zweigniederlassung anbetrifft, so ist vor Allem darauf zu achten, daß die Zweigniederlassung eine von derjenigen der Hauptniederlassung abweichende Firma nicht führen darf. Es ist des Prinzipes der Firmengleichheit schon mehrfach Erwähnung geschehen. Dasselbe erklärt sich daraus, daß Haupt- und Zweigniederlassung nur eine kaufmännische Persönlichkeit darstellen und daher auch nur einen kaufmännischen Namen

---

[62]) Die in Note 61 zitirten Kommentare gehen davon aus, daß durch Abs. 3 die betreffenden handelsgesetzlichen Vorschriften „zwar nicht aufgehoben", aber doch faktisch durch die in Absatz 1 gegebenen größtentheils absorbirt würden", sodaß damit also Raum für Abs. 3 geschaffen sei. — Die Auffassung des daselbst geschaffenen Gerichtsstandes als eines konkurrirenden widerspricht dagegen den bisherigen reichs- (handels- und genossenschafts-) rechtlichen Satzungen über den ordentlichen Gerichtsstand nicht (Saupp a. a. O.).

und eine Firma führen können; es ist aber auch dem Gesetz selbst zu entnehmen. In Abs. 1 des Art. 21 des H.G.B.'s heißt es: „Die Firma (scil. der Hauptniederlassung) muß auch für die Zweigniederlassung angemeldet werden", also eine ganz bestimmte Firma, worunter nach der Stellung des Art. 21 keine andere als die des Hauptgeschäftes verstanden werden kann; auch Abs. 2 a. a. O. setzt offenbar voraus, daß beide Firmen identisch sind (Busch, Archiv IX S. 449). — Für die offene Handelsgesellschaft speziell kann ein Zweifel hierüber nach der Fassung des Art. 86 nicht aufkommen.

Eine einzige Ausnahme[63]) besteht von dem Prinzip der Firmengleichheit. Nach den meisten Partikulargesetzen soll nämlich eine Zweigniederlassung von der Hauptfirma abweichend firmiren dürfen, wenn schon vor Einführung des Handelsgesetzbuchs Haupt- und Zweigniederlassung verschiedene Firmen besaßen. Dagegen ist in der im 2. Absatz des mehrerwähnten Artikels 21 enthaltenen Vorschrift keine Ausnahme zu finden (a.M. Agricola bei Note 20). Wenn dort verlangt wird, daß der Firma der Zweigniederlassung, falls am Orte ihrer Errichtung schon eine gleiche Firma existire, ein unterscheidender Zusatz beigefügt werde (ebenso Genossenschaftsges. § 2 Abs. 3), so dürfte schon die Bezeichnung als „Filiale, Kommandite" vollkommen genügen, um sie von der bereits bestehenden Firma deutlich zu unterscheiden (Völderndorff I S. 178 f.). Solche und ähnliche Zusätze sind aber als Abweichungen vom Grundsatze der Firmengleichheit sicherlich nicht anzusehen.

Dieser Grundsatz ist überhaupt nicht etwa so zu verstehen, daß Haupt- und Zweiggeschäft genau die nämliche Firma führen müßten; sondern es sollen nur solche Abweichungen nicht gestattet sein, welche eine Täuschung des Publikums herbeiführen könnten. Zusätze wie „Filiale" dürften gerade recht wohl geeignet sein, Irrungen irgendwelcher Art über den Karakter der Zweigniederlassung nicht auf-

[63]) Ist eine nach dem Handelsgesetzb. nicht gestattete Firma der Zweigniederlassung einer ausländischen Hauptniederlassung wegen des Prinzipes der Firmengleichheit zu gestatten? — Bejaht: Zeitschrift Bd. 24 S. 149(?); verneint Agricola S. 318 f.; Puchelt, Komm. z. H.G.B. S. 54, Völderndorff Bd. 1 S. 21 Note 17. — Ferner darf bei Erwerb eines Geschäfts nebst Firma, wenn es, wie z. B. bei allen Gesellschaften, Zweigniederlassung eines anderen wird, dasselbe die alte Firma fortführen, oder muß es die Firma der Hauptniederlassung annehmen? Ich glaube die Frage ist im letzteren Sinne zu beantworten; entgegengesetzter Ansicht scheint Puchelt in seinem Komm. Art. 86 Anm. 6 verb. m. Art. 23 Anm. 1 zu sein.

kommen zu lassen. Ueberhaupt dürfte es sich empfehlen, nicht bloß bei der Veröffentlichung des Eintrags einer Zweigniederlassung deren Eigenschaft bekannt zu geben,[64]) sondern in die Firma selbst einen diesbezüglichen Zusatz aufzunehmen. In manchen Einführungsgesetzen ist dies denn auch vorgeschrieben. Seltener finden sich partikuläre Vorschriften, daß auch bei Anmeldung der Hauptniederlassung das Bestehen des Zweigetablissements mit anzumelden sei; es wäre dies letztere gewiß von praktischem Werth, begrifflich nothwendig erscheint aber die Erwähnung der Zweigniederlassung im Hauptregister wohl kaum.[65]) Leider hat das Handelsgesetzbuch in allen diesen Beziehungen Bestimmung zu treffen unterlassen.

b) Der Unterschied von Haupt- und Zweigniederlassung ist ferner auch für die Reihenfolge der Einträge von Einfluß. Abs. 3 des Art. 21 bestimmt, daß die Zweigniederlassung nicht früher einzutragen ist, als bis der Eintrag der Hauptniederlassung nachgewiesen worden.[66]) Diese Bestimmung wurde ursprünglich nur wegen der Kommandit-, der Kommanditaktien- und der Aktien-Gesellschaften getroffen, weil dieselben erst mit dem Eintrag im Hauptregister zur rechtlichen Existenz gelangen (Art. 163, 178, 211 H.G.B.) und daher, wenn der Eintrag im Zweigregister schon vorher bewirkt würde, die mit der Zweigniederlassung in Geschäftsverbindung stehenden Personen leicht der Gefahr ausgesetzt wären, daß der Eintrag am Hauptregister selbst etwa beanstandet würde (Lutz, Prot. S. 4661). Es hat diese Vorschrift jedoch auch für die Zweigniederlassungen der offenen Handelsgesellschaften und Einzelkaufleute zu gelten,[67]) sowohl

---

[64]) Sehr oft wird nicht einmal dieser für nothwendig gehalten, sondern es für genügend angesehen, wenn sich das Verhältniß aus den Firmenakten ersehen läßt. Vgl. hierzu Lesse S. 261 ff., Agricola S. 288, bes. 293. Busch Archiv Bd. 1 S. 397. Der im Text vertretenen Ansicht sind Völderndorff Bd. 1 S. 183 und Zentralorgan Bd. 1 S. 51, 556.

[65]) Busch Archiv Bd. 1 S. 397 und Bd. 2 S. 155. Renaud, das Recht der Aktiengesellschaften (2. Aufl.) S. 642 ff. und Völderndorff S. 183 bei Note 23—25, Lesse a. a. O. und Busch in seinem Archiv Bd. 1 S. 170 verlangen für Haupt- und Zweigregister einen Vermerk (der Richter müsse sich versichern, ob er eine Haupt- oder Zweigniederlassung einzutragen habe).

[66]) Vorausgesetzt, daß die Zweigniederlassung auch als solche angemeldet wird; sonst wird sie eben ganz als selbständig behandelt. Dann müssen z. B. bei den Aktiengesellschaften alle Erfordernisse für deren Eintrag überhaupt nachgewiesen werden (Völderndorff Bd. 1 S. 179).

[67]) Dagegen nicht auch auf sonstige Einträge im Zweigregister, wie Agricola

dem Wortlaute des Abs. 3 als auch dem Sinne dieser Gesetzesstelle nach, insofern eine Zweigniederlassung ohne eine schon bestehende Hauptniederlassung nicht gedacht werden kann. Es ist aber die mehrerwähnte Gesetzesbestimmung nicht etwa so auszulegen, als ob absolutes Erforderniß für den Eintrag im Zweigregister der Nachweis des Eintrages des Hauptetablissements sei. Vielmehr muß nach der ratio legis unter Umständen auch der auf andere Weise erbrachte Nachweis von dem Bestehen der Hauptniederlassung als genügend angesehen werden. Handelt es sich um den Eintrag eines Zweigetablissements eines ausländischen Geschäfts, und kann der erfolgte Eintrag des ausländischen Hauptgeschäfts um deswillen nicht nachgewiesen werden, weil die Institution eines Handelsregisters im Ausland gar nicht bekannt ist, so hat doch der das Register führende Richter, wenn das Bestehen der betreffenden ausländischen Gesellschaft auf andere Weise festgestellt ist, sich am Eintrag der Zweigniederlassung nicht weiter behindert zu finden,[68]) dafern nur nicht etwa Bedenken anderer Art, wie z. B. Mangel der staatlichen Genehmigung hinsichtlich des Gegenstandes des Unternehmens oder hinsichtlich des Gewerbebetriebes entgegen stehen.

Der bisherigen Theorie und Praxis sich anschließend, schreibt denn auch das Gesetz vom 18. Juli 1884, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, einerseits vor, daß bei Anmeldung der Firma eines Zweiggeschäfts solcher ausländischen Gesellschaften bloß der Nachweis ihrer rechtlichen Existenz zu erbringen sei, andererseits macht es den Eintrag einer Zweigniederlassung davon abhängig, daß für sie die staatliche Genehmigung ertheilt sei, soweit es einer solchen überhaupt bedürfe, und daß weiter gewisse Normativbedingungen erfüllt seien, deren Nachweis eine Voraussetzung des Eintrags auch im Inlande bildet (Art. 179 und 212 Abs. 3 H.G.B.). In letzterer Beziehung geht die Novelle von dem ganz richtigen Gedanken aus, daß, wenn auch die rechtliche Existenz einer ausländischen Gesellschaft nach ausländischem Rechte zu beur-

---

S. 291 meint, mit Ausnahme des Eintrags von Statutenänderungen oder der Fortsetzung der Gesellschaft bei Aktien- und Kommanditgesellschaften, da für deren Wirksamkeit gleichfalls der Haupteintrag allein maßgebend ist (Art. 180 f. und 214 Abs. 2 H.G.B.; Genossenschaftsges. § 6 Abs. 3).

[68]) Vgl. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle (1871) S. 486 und bes. Zeitschr. f. Rechtspfl. Bd. 22 S. 303 u. Bd. 24 S. 148f. Endemann, Handb. § 23 und Völderndorff Bd. 1 S. 179 f.

theilen ist, es doch eine Bevorzugung der Ausländer vor den Inländern sein würde, wenn bei Begründung einer Zweigniederlassung im Inlande von einer Prüfung jener Vorbedingungen abgesehen werden sollte (die Motive zur Novelle, in Busch Arch. S. 289).

3. Anlangend die civilrechtlichen Wirkungen, welche an den Eintrag einer Zweigniederlassung geknüpft sind, so ist zuvörderst

a) zu erörtern, ob die Prokura wirksam auf die Zweigniederlassung allein beschränkt werden könne, oder ob sie zufolge der akzessorischen Natur der Zweigniederlassung stets zugleich auch für die Hauptniederlassung ertheilt werden müsse.[69]

Hier findet man die Meinung vertreten, der Prinzipal könne für die Zweigniederlassung einen besonderen Prokuristen in dem Falle bestellen, wenn die Zweigniederlassung eine von der Hauptniederlassung verschiedene Firma führe,[70] insofern der Prokurist dann nämlich nur die Firma der Zweigniederlassung zeichnen dürfe und also auch nur diese verpflichten könne.[71] Man stützt sich hierfür auf die Kommissionsberathungen. In Art. 43 des H.G.B.'s war nämlich früher ausdrücklich erwähnt, daß die Prokura auch nicht „für einen gewissen Zweig des Handelsgewerbes" ertheilt werden könne. Bei späterer Berathung wurde die Streichung dieser Bestimmung beschlossen und dies damit motivirt, „daß die Worte zu der irrigen Ansicht Anlaß bieten könnten, als solle es nicht statthaft

---

[69]) Wenn die Zweigniederlassung nach außen hin als selbständig auftritt, kann jene Frage gar nicht zur Entstehung gelangen; zweifelhaft können die Befugnisse eines Prokuristen nur sein, wenn er bei einer als Zweigniederlassung kenntlichen Niederlassung bestellt wäre. (Die Frage kann übrigens auch bei sonstigen zur allgemeinen Vertretung berechtigten Personen, wie Vorstandsmitgliedern, Liquidatoren, Gesellschaftern entstehen.) Agricola S. 306; Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 10 S. 394.

[70]) So Völderndorff S. 335; Agricola S. 306; Keyßner, Komm. z. H.G.B. (1878) S. 49. Jene Voraussetzung trifft nur in dem einen Falle zu, wenn die Zweigniederlassung schon vor dem H.G.B. anders wie die Hauptniederlassung firmirte, nicht auch im Fall des Art. 21 Abs. 2 (s. oben S. 241).

[71]) Da ein Prokurist alle möglichen Handelsgeschäfte abschließen kann, so kann er thatsächlich auch solche Geschäfte schließen, welche nur bei einem Etablissement mit verschiedener Firma abgeschlossen zu werden pflegen. Immerhin ist die Beschränkung auf eine bestimmte Firma insofern von Bedeutung, als der Prinzipal, wenn der Prokurist der Firma A. ausdrücklich für die Firma B. handelnd auftritt, die Verantwortlichkeit hierfür ablehnen darf (vgl. Entsch. des R.O.H.G. Bd. 15 S. 174 ff., Bd. 20 S. 34 ff., Zeitschr. f. Rechtspfl. Bd. 24 S. 418.

sein, daß ein Kaufmann, der mehrere Handelsetablissements unter verschiedenen Firmen betreibe, einen Prokuristen nur für die eine oder die andere Firma zu firmiren mit der Wirkung ermächtigen dürfe, daß der Prokurist keine andere Firma zeichnen könnte" (Prot. S. 952). Allein gerade hieraus scheint mir das Gegentheil desjenigen, was daraus gefolgert werden soll, sich zu ergeben. Denn offenbar hat man dabei nur an den gewöhnlichen Fall gedacht, daß mehrere selbständige Handelsniederlassungen unter verschiedenen Firmen bestehen.[72]) Irreführend ist allerdings das Wort „Zweig" in der gestrichenen Gesetzesstelle. Allein aus einer früheren, die Vollmachten der Prokuristen betreffenden Berathung ergiebt sich, daß dieses Wort in dem Sinne aufgefaßt sein dürfte, wie man auch von dem Handelszweig einer selbständigen Handelsniederlassung reden kann; es wurde nämlich, als Bedenken gegen die weitgehenden Befugnisse der Prokuristen erhoben wurden, von einer Seite geäußert: „Wer nicht auf Aufstellung eines Prokuristen für einen besonderen Handelszweig, also einen beschränkten Kreis von Geschäften verzichten wolle, müsse deshalb für den letzteren eine eigene Firma wählen!" — Für die hier vertretene Ansicht, wonach die für die Hauptniederlassung ertheilte Prokura auch als für die Zweigniederlassung ertheilt zu gelten hat und umgekehrt, spricht aber dasjenige, was oben über die rechtliche Natur der Zweigniederlassung ausgeführt wurde. Wenn die Prokura, wie dies nicht zu bestreiten, in der Weise beschränkt ertheilt werden kann, daß der Prokurist nur für die eine oder die andere selbständige Handelsniederlassung aufzutreten dergestalt berechtigt ist, daß er zwar alle möglichen Rechtsgeschäfte gültig abschließen kann, wenn er etwa aber ausdrücklich handelnd für eine Niederlassung auftritt, für welche er Prokura nicht hat, der Prinzipal aus derartigen Geschäften nicht verpflichtet wird, so kann die Ertheilung der Prokura geradezu als die „Uebertragung der Repräsentation der kaufmännischen Persönlichkeit eines Kaufmanns betrachtet werden." Da aber Haupt- und Zweigniederlassung eine einzige kaufmännische Persönlichkeit bilden, so kann mithin auch eine beschränkte Bestellung für die eine oder die andere nicht Platz greifen.[73])

[72]) Vgl. auch Busch, Arch. Bd. 9 S. 454. Der Fall, daß Haupt- und Zweigniederlassung verschieden firmiren können, ist dem Gesetzbuch selbst fremd. Abs. 2 des Art. 21 aber begründet, wie gezeigt, eine wesentliche Verschiedenheit der Firmen nicht.

[73]) Lesse S. 257; Busch, Arch. Bd. 9 S. 450, vgl. auch Völderndorff Bd. 1

b) Es erübrigt, noch zu erörtern, welche civilrechtliche Wirkungen der Eintrag (und die Veröffentlichung) einer Thatsache an der einen Niederlassung in Bezug auf die andere mit Rücksicht auf das akzessorische Zugehörigkeitsverhältniß von Haupt- und Zweigniederlassung hervorbringt,[74]) dafern die einzutragende Thatsache in beiden Registern zum Eintrag zu gelangen hatte, aber nur bei dem einen, dem Haupt- oder dem Zweigregister, wirklich eingetragen ist; denn ist eine Thatsache überhaupt nur bei dem einen von beiden Registern einzutragen,[75]) oder ist der Eintrag vorschriftsmäßig bei beiden erfolgt, so ist nicht abzusehen, inwiefern solche Wirkungen in Frage kommen können. Ist dagegen ein in beiden Registern zu bewirkender Eintrag in einem derselben unterblieben, so fragt es sich, ob die Vornahme des Eintrags in dem einen, oder ob nicht vielmehr das Unterlassen des Eintrags in dem anderen Register für den guten oder bösen Glauben des mit der Haupt- oder der Zweig-

S. 395 und bes. Hahn Bd. 1 S. 175. Aus dem Ausdruck „Handelsgewerbe" in Art. 42 läßt sich nichts entnehmen; er bezeichnet nicht ein bestimmtes, sondern jedwedes Handelsgewerbe.

[74]) Mit wenigen Ausnahmen (z. B. Erlöschen der Firma der Zweigniederlassung) sind alle sich auf die Firma oder deren Inhaber beziehenden Thatsachen, mögen es nun rechtserzeugende oder rechtsaufhebende sein, der Haupt- und Zweigniederlassung als einem Geschäftsganzen gemeinsam (für Genossenschaften, vgl. Endemann S. 153 unter VI). Ist also etwas im Hauptregister eingetragen, und hat der mit der Zweigniederlassung kontrahirende Dritte Kenntniß davon erhalten, so kann er nicht einwenden, es sei die betreffende Thatsache nicht auch im Zweigregister verlautbart. Wie aber, wenn er positive Kenntniß von dem Haupteintrage nicht besitzt? Wie gestalten sich alsdann die an die Publizität des Handelsregisters geknüpften civilrechtlichen Wirkungen?

[75]) Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden: Die einzutragende Thatsache betrifft nur das Hauptgeschäft oder nur das Zweiggeschäft (s. Note 74) oder sie bezieht sich zwar auf beide, ist aber nach gesetzlicher Vorschrift nur im Hauptregister zu verlautbaren. Im Zweigregister ist durchaus nicht alles einzutragen, was den Gegenstand des Eintrags im Hauptregister bildet, sondern Einträge sind nur in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen vorzunehmen (meist Veränderungen im Inhaber- oder Firmenverhältniß betreffende, z. B. auch Verlegung des Sitzes, Statutenänderungen u. s. w. vgl. Art. 25); Art. 12 besagt, daß (nur) die im Gesetzbuch angeordneten (nicht etwa: zugelassenen) Einträge aufzunehmen seien (angeordnet theilweis auch durch bloßes Allegat). — A. M. Agricola S. 293 ff. Es ist hier nicht der Ort, auf diese Fragen näher einzugehen, da sie nicht auf die rechtliche Natur der Zweigniederlassung, sondern auf positive Gesetzesvorschrift zurückzuführen sind. Uebersichten über die angeordneten Eintragungen finden sich: Hahn Bd. 1 S. 75; Völderndorff Bd. 1 S. 118 und Agricola a. a. O.

niederlassung kontrahirenden Dritten zufolge der Publizität des Handelsregisters, nach welcher Alles, was ins Handelsregister eingetragen ist, Jedermann wissen muß, maßgebend ist. Wenn beispielsweise ein Gesellschafter ausgeschieden, sein Ausscheiden aber nur bei dem Hauptregister, nicht auch beim Register der Zweigniederlassung eingetragen ist, muß dann der mit dem ausgeschiedenen Gesellschafter im Bezug auf die Zweigniederlassung kontrahirende Dritte den Eintrag im Hauptregister mit der Wirkung gegen sich gelten lassen, daß er, gleich als ob der Eintrag auch im Zweigregister geschehen wäre, den Beweis zu führen hat, er habe von dem Ausscheiden weder gewußt, noch auch wissen müssen, oder aber kann er sich darauf berufen, daß jene Thatsache nicht auch im Zweigregister zum Eintrag gelangt sei, und das mit dem ausgeschiedenen Gesellschafter an der Zweigniederlassung geschlossene Rechtsgeschäft die Gesellschaft ebenso verpflichte, als sei der Gesellschafter thatsächlich noch nicht ausgeschieden? sofern ihm nicht etwa böser Glaube, d. h. die faktische Kenntniß vom Austritt des Gesellschafters nachgewiesen wird.

Für den umgekehrten Fall, wenn der Eintrag bei dem Hauptregister unterlassen ist, und der Dritte mit Bezug auf die Hauptniederlassung kontrahirt, ohne daß er von dem erfolgten Austritt Kenntniß hat, dürfte auf den Eintrag beim Zweigregister etwas überhaupt nicht ankommen. Die in Rede stehenden civilrechtlichen Wirkungen können nur bei Offenkundigkeit des zwischen Haupt- und Zweigniederlassung bestehenden Verhältnisses eintreten, der Eintrag der Firma am Hauptregister giebt aber keine Auskunft darüber, ob und wo eine Zweigniederlassung existire. Für den Fall dagegen, daß der Eintrag bei der Zweigniederlassung unterblieben ist, möchte ich der Ansicht sein, daß nicht das Unterbleiben dieses Eintrags, sondern daß vielmehr die Vornahme desselben im Hauptregister maßgebend ist.[76])

Hierfür spricht schon einmal der akzessorische Karakter, welchen das Zweigregister hat; in dasselbe ist nur ein Theil derjenigen Thatsachen aufzunehmen, welche beim Hauptregister einzutragen sind (s. Note 75). Daß das Handelsregister in Ansehung der auf den Inhaber bezüglichen Rechtsveränderungen vollständig sein muß, liegt

---

[76]) A. M. ist Agricola S. 304. — Für die hier vertretene Ansicht sprechen die Kommissionsberathungen (Lutz, Prot. S. 4659: in der Regel werde die Eintragung beim Handelsgericht des Sitzes die Sache erledigen u. s. w.).

auf der Hand, und kann an dem nebensächlichen Karakter des Zwe
registers nichts ändern. Stellt sich dasselbe aber bei seiner Unv
ständigkeit mehr als bloßer Hinweis auf das Hauptregister dar,
kann ihm diesem gegenüber schwerlich entscheidende Bedeutung
kommen.

Hierzu gesellen sich Bedenken mehr praktischer Art. Bei gro
Entfernung der Hauptniederlassung vom Zweigetablissement is
gar nicht möglich, die Einträge im Haupt- und Zweigregister zu glei
Zeit zu bewirken. Damit wäre aber nothwendigerweise eine Interes
gefährdung des Geschäftsinhabers verbunden, und zwar ohne
ihm Mittel zu Gebote ständen, sich hiergegen zu schützen.

Alles dies spricht gegen die Ansicht, daß der (unterlassene) E
trag beim Zweigregister der entscheidende sein könne. Vor A
lassen aber folgende Erwägungen diese Ansicht als unhaltbar erschei
Wenn man dem eigentlichen Grunde der im Handelsgesetzbuche
gestellten Publizitätsfolgen (Art. 25 und 26) nachforscht, so
man zu der Annahme gedrängt, daß dieselben nicht sowohl da
zurückzuführen sind, ob den Firmeninhaber, als vielmehr darauf,
den dritten Kontrahenten ein gewisses Verschulden trifft oder nich
Daß den Firmeninhaber für den Fall des unterlassenen Eint
einer einzutragenden Thatsache die Beweislast trifft, der Dritte
diese Thatsache trotz des Nichteintrages doch gekannt, ist nichts
sonderes, ist nicht Versäumnißfolge, sondern ergiebt sich nach
allgemeinen Beweisregeln. Dagegen lassen sich die im Fall des
trags den Dritten möglicherweise treffenden Nachtheile und die sol
falls zu Gunsten des Firmeninhabers aufgestellte Präsumtion
aus der Konstatirung einer Erkundigungspflicht und einer schuldha
Versäumniß des Dritten herleiten. Es kann daher auch nicht
davon die Rede sein, der Firmeninhaber müsse den Beweis füh
weil ihn insofern ein gewisses Verschulden treffe, als er den
trag auch bei der Zweigniederlassung zu bewirken unterlassen h
Vielmehr muß die andere Partei den Eintrag im Hauptreg
gegen sich gelten lassen, da dieser (bezw. die Veröffentlichung)
bloß für den bestimmten Handelsregisterbezirk, sondern ganz a
meine Wirkung besitzt, wenn nicht etwa durch Umstände die Anna

---

[77]) Die früheren Entwürfe des H.G.B.'s sprachen ausdrücklich von e
Verschulden des Dritten (vgl. Völdernborff Bd. 1 S. 106 f. u. Note 28;
Bd. 1 S. 60 f.).

begründet wird, daß die Partei den Eintrag weder gekannt habe noch habe kennen müssen. Ein solcher Umstand ist in dem bloßen Nichteintrag im Zweigregister nicht zu finden. Wenn aber z. B. bei großer Entfernung der Zweigniederlassung von der Hauptniederlassung trotz des Eintrages im Hauptregister eine besondere Beweisführung, daß er die eingetragene Thatsache nicht gekannt habe und nicht habe kennen müssen, dem Dritten überhaupt nicht zuzumuthen ist, und dem Eintrag im Hauptregister in diesem Falle also Wirksamkeit thatsächlich nicht zukommt, so ist dies lediglich eine Folge des allgemeinen Satzes, daß jede Beweisführung des einen oder anderen Theiles sich nach Lage der Sache verüberflüssigen kann (Lutz, Prot. S. 4659 a. E.). Wäre übrigens der Eintrag (genauer das Unterlassen desselben) beim Zweigregister der entscheidende, so müßte er es auch dann sein, wenn Haupt- und Zweigregister demselben Registerbezirke angehören; hier liegt auf der Hand, daß der Eintrag im Hauptregister allein maßgebend ist. Auf den Eintrag im Zweigregister kann höchstens insofern etwas ankommen, als durch ihn dem Dritten der Nachweis seines guten Glaubens nicht unwesentlich erschwert wird.

Außer jedem Zweifel steht die maßgebende Bedeutung des Eintrags im Hauptregister in einer Anzahl schon erwähnter Fälle, in welchen demselben sogar absolute Wirksamkeit zukommt, insofern jede Beweisführung des Dritten völlig ausgeschlossen ist. Für die rechtliche Existenz der Kommanditgesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien und der Aktiengesellschaft ist allein entscheidend der Eintrag an ihrem Sitz im Handelsregister (H.G.B. Art. 163, 178, 179, 212 und Genossenschaftsges. §§ 5, 7). Hieran schließen sich die Fälle der Abänderung der Statuten von beiden letztgenannten Gesellschaften, welche gleichfalls vor dem Eintrag im Hauptregister rechtliche Wirkung nicht hat (Art. 180 f., 214 Abs. 2 H.G.B.'s und § 6 Genossenschaftsges.).

Daß alle diese civilrechtlichen Wirkungen zur wesentlichen Voraussetzung haben, daß die Zweigniederlassung auch als solche in dieser ihrer Eigenschaft nach außen zu erkennen, daß sie im Handelsregister mit Beziehung auf die Hauptniederlassung als Zweigetablissement entweder durch Hinweis darauf in der Firma selbst oder doch im Eintrage registrirt worden ist, wurde schon oben bemerkt, mag aber an dieser Stelle nochmals hervorgehoben werden. Wird die Firma einer Zweigniederlassung ganz in der Weise eingetragen, als

sei sie selbständig (s. Note 55), so werden die civilrechtlichen Wirkungen jeder Eintragung, beziehentlich des Unterlassens derselben der Natur der Sache nach auch nicht durch die in Betreff einer anderen Niederlassung bewirkte oder unterlassene Eintragung berührt" (Hahn Bd. 1 S. 103).

Interessant ist der umgekehrte Fall, wenn also eine Niederlassung als Zweigniederlassung eingetragen wird, obgleich sie es nicht ist. Zwar wird der das Register führende Richter nicht an die bloße Bezeichnung eines Etablissements als Zweigniederlassung gebunden sein, sondern, da die Zweigniederlassung kein bloß thatsächlicher, sondern ein Rechtsbegriff ist, die abgegebenen Erklärungen, auf Grund deren der Eintrag zu bewirken ist, auch auf ihre rechtliche Bedeutung hin prüfen müssen (Völderndorff Bd. 1 S. 101 ff., 111). Allein ergiebt sich hieraus nichts, was mit der Bezeichnung der Niederlassung als Zweigniederlassung in Widerspruch stände, so wird es recht wohl vorkommen können, daß eine selbständig neben einem anderen Geschäft bestehende Handelsniederlassung als Zweiggeschäft derselben registrirt wird. Solchenfalls wird nun umgekehrt die für eine Zweigniederlassung erklärte Niederlassung, obwohl sie es nicht ist, doch nach außen, Dritten gegenüber, rechtlich auch als Zweigniederlassung zu behandeln, und der Inhaber demnach in Bezug auf alle Einträge ebenso verhaftet sein, als sei die Niederlassung in Wirklichkeit eine Zweigniederlassung. Indeß wäre es völlig unrichtig, in solchem Falle, weil das Recht als Zweigniederlassung etwas behandelt, was es thatsächlich nicht ist, etwa eine besondere Art der Zweigniederlassung unterscheiden zu wollen.[78] Die rechtliche Behandlung einer solchen Niederlassung beruht auf dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, daß Jedermann aus seinen Erklärungen zu haften hat, ein Grundsatz, welcher hinsichtlich sonstiger Einträge gleichfalls Geltung beansprucht. Ein stiller Gesellschafter wird dadurch, daß sein Name in der Firma mit enthalten ist, nicht zum offenen

---

[78]) Eine Zweigniederlassung im juristischen Sinne (im Gegensatz zur naturalis), wie im römischen Rechte z. B. zwischen possessio civilis und naturalis unterschieden wird, insofern allein die rechtlichen Wirkungen des Besitzes in Betracht gezogen werden (Windscheid, Pandekten Bd. 1 S. 148 unter 3); dann müßte übrigens auch die wirkliche, aber nicht als solche eingetragene Zweigniederlassung, insoweit man bloß die sich aus der akzessorischen Natur der Zweigniederlassung ergebenden Rechtsfolgen in Betracht zieht, als naturalis bezeichnet werden (sie wird vom Recht nicht als Zweigniederlassung behandelt; s. oben S. 235).

Gesellschafter, er wird aber vom Recht als solcher behandelt, hat Dritten gegenüber, denen das wirklich bestehende Verhältniß nicht bekannt ist, wie ein offener Gesellschafter zu haften.

9.

Setzt das Reichsanfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 stets einen auf eine Geldsumme gerichteten Schuldtitel voraus, oder ist die Anfechtung auch auf Grund eines obligatorischen Anspruches auf Herausgabe individuell bestimmter Gegenstände zulässig?

Von Herrn Landrichter Dr. Marcus in Guben.

In der gemeinrechtlichen Literatur herrscht über die den Gegenstand unserer Erörterung bildende Frage bezüglich der dem modernen Anfechtungsrecht vorbildlich gewordenen actio Pauliana derartiges Stillschweigen,[1]) daß bei der sonstigen Bestrittenheit und Meinungsverschiedenheit in der Doktrin, sowie der Zerfahrenheit in der Praxis besonders hinsichtlich der Legitimation zur Klage,[2]) darüber Einstimmigkeit obzuwalten scheint, daß jedes Gläubigerrecht, ganz gleich welches der Inhalt der Obligation ist, beim Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen des paulianischen Rechtsmittels theilhaftig werden kann. Und in der That ist aus den Quellen ein Zweifel nicht herzuleiten, wenn man mit der herrschenden Meinung (Windscheid a. a. O. Note 26 und Dernburg a. a. O. § 145 Text bei Note 14) jedem einzelnen Gläubiger die Anfechtungsklage zuspricht; denn das Gläubigerrecht wird nach römischrechtlichen Anschauungen durch den Leistungsinhalt der Obligation nicht beeinflußt; auch bietet letzterer zu einer Unterscheidung in Betreff der Mittel der Realisirung des Anspruchs, als deren eines die actio Pauliana anzusehen, trotz des im römischen Exekutionsrecht lange Zeit hindurch dingliche und persönliche Rechte gleicherweise beherrschenden Prinzips der Geldkondemnation,[3]) keinerlei Anhalt vgl. L. 10—12 Dig. de verb. signif. 50, 16.

---

[1]) Weder Windscheid, Lehrb. d. Pand. 5. Aufl. Bd. 2 § 463, noch Dernburg, Pandekten II § 144 ff. erwähnen unsere Frage als kontrovers.

[2]) Siehe die Uebersicht der Judikatur aus Seuffert's Archiv bei Windscheid a. a. O. Note 26. Vgl. jetzt auch Seuffert: Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts I 1888 S. 12.

[3]) Darüber siehe Ryck, die Obligatio 1878 S. 12—14.

Als Kontroverse erscheint unsere Frage in neuester Zeit erst in der Judikatur des preußischen Rechts, und hat dieselbe sodann in der Auslegung des Reichsrechtes, wie dies bei der Anlehnung des letztern an ersteres, besonders an das preuß. Anfechtungs-Gesetz vom 9. Mai 1855, nicht anders zu erwarten, fortgesetzt widersprechende Beantwortung erfahren.

Das frühere preuß. Obertribunal hat in dem Bd. 77 S. 191 ff. der amtlichen Entscheidungen publizirten Urtel, dessen Gründe, wie wir unten sehen werden, seitens des Reichsgerichts neuerdings für die Auslegung des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 adoptirt worden sind, angenommen, daß nur auf Grund eines Geldanspruchs dem Gläubiger der paulianische d. h. außerkonkursmäßige Anfechtungsanspruch zusteht. Es wird dort ausgeführt: . . . „Die Anfechtungsklage ist als Ausfluß der Exekutionsbefugniß des Gläubigers eine Ergänzung der Exekutionsvollstreckung, daher ein revokatorisches Rechtsmittel zur Ausführung der Exekution.“ [4]) Des Weiteren wird ausgeführt:

Der juristische Zweck der Anfechtungsklage ist darauf gerichtet, ein aus dem Vermögen des Schuldners weggegebenes Vermögensobjekt zu Zwecken der Befriedigung des Gläubigers wieder herbeizuschaffen. Jene Eigenschaft und dieser Zweck ergeben schon von selbst, daß nicht jeder, sondern nur ein in Gelde bestehender Anspruch, bei welchem eine Befriedigung des Gläubigers aus dem Anfechtungsobjekte im Wege der Exekution durch Zahlung möglich und ausführbar ist, zur Anfechtungsklage qualifizirt ist. . . . Ein persönlicher Anspruch zur Sache, also auf Leistung einer individuell bestimmten Sache, kann nicht der faktische Grund für die Anfechtungsklage sein, weil dieser Anspruch gerichtet ist auf Gewährung eines bestimmten Objekts, als Gegenstand des klägerischen Rechts selbst, nicht zu dem Zwecke, um sich aus dem Objekte wegen eines gesonderten Anspruchs im Wege der Exekution, also durch Zahlung, zu befriedigen. Dieser Zweck ist nur möglich und realisirbar bei einem dem Geldwerthe nach fixirten Anspruch, also bei einem Anspruch, der durch Zahlung zur Tilgung gelangt. Dies bestätigt, abgesehen von allgemeinen Gründen (!), auch das Gesetz. Schon das Gesetz vom 26. April 1835 kündigt sich an als Maßregel zur Er-

[4]) Verwandt dieser Auffassung ist die Bezeichnung der fraudatorischen Klage in § 6 Inst. de act. 4, 6 als rescissoria in rem.

gänzung der Exekution gegen „zahlungsunfähige" Schuldner.[5]) Auch das neuere Gesetz vom 9. Mai 1855 macht die Anfechtungsklage abhängig von dem Nachweise der „Zahlungsunfähigkeit".

Diese Deduktion, welche alles Gewicht auf die hervorgehobene Bezeichnung des Schuldners als Zahlungsunfähigen legt, hat sich Eccius in seiner Bearbeitung des Förster'schen Werkes über preuß. Privatrecht 5. Aufl. Bd. 1 S. 776 für das Reichsrecht angeeignet, indem er ausführt: Nach Inhalt des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 müsse die Forderung bereits als Geldforderung vollstreckbar sein, ausdrücklich sei dies zwar nicht ausgesprochen, es ergebe sich aber daraus, daß als Voraussetzung des Anfechtungsrechtes angenommen sei, daß die Vollstreckung in das Vermögen fruchtlos sei, in das Vermögen des Schuldners sei nach der Ausdrucksweise der Reichsgesetze nur eine Geldforderung vollstreckbar. Die entgegengesetzte Ansicht glaubt Eccius aus einer dem Gesetze widersprechenden Neigung, das Anfechtnngsrecht als dingliches anzusehen, erklären zu dürfen, und will er das Anfechtungsrecht für einen Nichtgeldanspruch selbst für den Fall verwerfen, wenn abzusehen ist, daß von dem zur Herausgabe der certa res Schuldigen nach Umwandlung des Anspruchs in einen Interessenanspruch Befriedigung nicht zu erlangen sein wird.

Ob diese Gründe als beweiskräftige anzusehen, soll unten im Zusammenhange geprüft werden.

Unter den das Reichsanfechtungsrecht monographisch behandelnden Schriftstellern gelangt Korn[6]) zur Uebereinstimmung mit der Ansicht des Obertribunals. Auch dieser Schriftsteller sieht es als zweifelhaft an, ob das Gesetz auf obligatorische Ansprüche auf Herausgabe einer bestimmten körperlichen Sache, aus Depositum, Kommodat, Kauf einer bestimmten Sache anwendbar sei, wenn der Verpflichtete diese Sache an einen Dritten weggegeben. Denn alle diese Ansprüche seien doch Forderungsrechte, und man könne nicht sagen, „daß wegen einer Ungleichheit der Forderung und des vom Schuldner weggegebenen Gegenstandes ein Anspruch gegen den andern Theil, welcher sich mit dem Schuldner eingelassen hat, das Anfechtungsrecht unbegründet ist". Die Gründe Korn's, Ansprüche, wie die fraglichen, nicht eher als bis selbige in einen Geldanspruch

---

[5]) Ueber die Tendenz dieses viel weiter greifenden Gesetzes s. Löwenberg, Beiträge zur Kenntniß der Motive der preuß. Gesetzgebung Bd. 1 S. 673—680.

[6]) Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners, 2. Aufl. 1885 S. 2.

umgewandelt sind, zur Anfechtung zu verstatten, sind wesentlich diejenigen des Obertribunals, terminologischer Natur und endlich aus den Gesetzesmotiven hergeleitet, Inhalts derer, wie § 4 des Gesetzes und § 2 bewiesen, die „Zahlungsunfähigkeit“ des Schuldners als erstes Erforderniß der Anfechtung vorausgesetzt sei. Von „vollständiger Befriedigung“ sei die Rede in § 2 zum Ausdruck dessen, daß der Gesetzgeber an Ansprüche auf individuell bestimmte und untheilbare Sachen nicht gedacht habe. Das Gegentheil annehmen, heiße unzulässigerweise eine ungenaue oder unpassende Fassung des Gesetzes annehmen.

Dem entgegen bejahen Jaeckel[7]) und Cosack[8]) unsere Frage im Sinne der zweiten Alternative. Jaeckel geht davon aus, daß jeder Befriedigungsanspruch durch dolose[9]) Verbringung des schuldnerischen Vermögens verletzt werden kann, daß somit auch der zur Lieferung einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen oder zur Herausgabe eines individuell bestimmten Objekts Verurtheilte den hierauf gerichteten Anspruch, vermöge dessen der Gläubiger gerade diese Gegenstände aus des Schuldners Vermögen wegnehmen darf, durch Veräußerung derselben zum Zwecke der Vereitelung dieses Befriedigungsrechtes verletzen und dadurch die Grundlage für das Anfechtungsrecht schaffen kann. Die Zulässigkeit dieser Anfechtung sei allerdings die Ausnahme neben der die Regel bildenden Anfechtung zu Gunsten von Geldansprüchen. Denn diesen sei es eigenthümlich, daß sie durch Verbringung eines jeden Vermögenswerthes verletzt wird, weil in jedem ein Befriedigungsmittel für den Gläubiger stecke. Cosack gelangt zu dem gleichen, wenn auch durch mannigfache Einschränkungen erschütterten, Resultate auf Grund der Erwägung, daß in dem Anfechtungsanspruch das Postulat verkörpert ist, daß der Empfänger einer Zuwendung die Gefahr der Insolvenz des Gebers der Zuwendung in Höhe der letztern vor dem unbefriedigten Gläubiger des Gebers trage und die Bestimmung des Vermögens des Besitzers zur Befriedigung auch der persönlichen Schulden desselben respektire, soweit die Voraussetzungen des Gesetzes vorliegen. Somit komme es bei der Anfechtungsklage weder auf den Entstehungsgrund noch auf den

---

7) Anfechtung von Rechtshandlungen auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879. Berlin 1881 S. 179.

8) Anfechtungsrecht der Gläubiger 1884 S. 25 ff.

9) Cosack's Verdienst ist die Erschütterung der traditionellen dolus-Theorie für das moderne Anfechtungsrecht.

Gegenstand der Forderung an, so daß nicht bloß ein Anspruch auf Geldleistung, sondern auch auf bestimmte, individuelle Sachen mittels der Anfechtungsklage seine Befriedigung durchsetzen könne, ohne vorher in einen Schadensanspruch umgesetzt zu sein.[10])

Ohne von dem im Vorstehenden veranschaulichten Dissense der Meinungen Akt zu nehmen, hat nun neuerdings das Reichsgericht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen in Civilsachen Bd. 18 S. 145 ff. unsere Kontroverse im Sinne des preuß. Ober-Tr. entschieden und hat seine Auffassung auch in der Entsch. Bd. 19 der Civilentsch. S. 205 festgehalten. Die Wichtigkeit jedes Spruches dieses für die Entwickelung eines einheitlichen deutschen Juristenrechts so bedeutsamen Gerichtshofes, wie der Umstand, daß in einer achtjährigen Praxis desselben unsere Frage hier zum ersten Male zur Erörterung gezogen ist, möge ein näheres Eingehen auf die erstzitirte Entscheidung rechtfertigen, ehe wir selbst zu dem Thema unserer Untersuchung Stellung nehmen. Der Rechtsfall lag wie folgt: der Kläger hatte an eine in offener Handelsgesellschaft betriebene Zuckerfabrik zwei Kessel nebst Armaturen verkauft und übergeben. Der Verkauf wurde demnächst durch Judikat, welches die Verpflichtung der in Anspruch genommenen Handelsgesellschaft zur Rückgabe dieser inzwischen auf ihrem Grundstücke eingemauerten Kessel aussprach, für aufgehoben erklärt. Ehe Kläger das Judikat erstritt, ließ Beklagte diese Gegenstände (auf welche jener noch den dinglichen Arrest erwirkt hatte) auf Grund einer vollstreckbaren Forderung gegen die Handelsgesellschaft pfänden. Zwei Tage darauf erfolgte die Nachpfändung dieser Kessel für den Kläger auf Grund des gedachten Arrestbeschlusses. In dem vorliegenden Rechtsstreit hat nun Kläger beantragt, daß die auf Antrag des Beklagten geschehene Pfändung für unzulässig, event. dem

---

[10]) Trotz des zutreffenden Ausgangspunktes gelangt Cosack ohne innere Begründung S. 45 a. a. O. in den hauptsächlichsten Punkten zur Uebereinstimmung mit den Vertretern der entgegengesetzten Ansicht, wenn er ausführt, daß die bloße Unmöglichkeit, eine individuell verschuldete Sache beizutreiben, nicht zur Anfechtung genüge, so lange nicht erwiesen sei, daß der Gläubiger den Geldwerth seiner Forderung aus dem Vermögen des Schuldners nicht beizutreiben im Stande ist. In auffallendem Widerspruch gegen seinen eigenen Einwurf gegen das Obertribunal, daß das Anfechtungsrecht kein ius singulare sei, führt Cosack hier aus, daß nur ausnahmsweise der Gläubiger durch die Anfechtung zur Leistung der Spezies gelangt, der Regel nach nur Ersatz des Werthes erhält. Ebensowenig folgerichtig — siehe unsere weitere Darstellung — und dem richtig erkannten Wesen der Anfechtung entsprechend ist die Ausführung S. 266 a. a. O.

Kläger gegenüber für unwirksam erklärt werde, indem er geltend machte, daß er in dem der Exekution des Beklagten vorangegangenen Arrestbefehle, sowie in dem später erwirkten Urtheile einen vollstreckbaren Titel über fällige Ansprüche an seine und des Beklagten Schuldnerin erlangt habe; es sei anzunehmen, daß er Befriedigung weder wegen seines Arrest- und Judikatsanspruches, noch wegen einer etwaigen späteren Interesseforderung aus dem Vermögen seines Schuldners erhalten würde, Beklagter habe seinen Schuldtitel in der ihm bekannten Absicht des einen der Gesellschafter, seine Gläubiger, insbesondere den Kläger, zu benachtheiligen, geltend gemacht. Das Reichsgericht hat mit dem Berufungsgericht den Kläger abgewiesen, weil ihm nur ein Anspruch auf Herausgabe einzelner Sachen zustehe, der vollstreckbare Schuldtitel nach § 2 des Ges. vom 21. Juli 1879 aber in einer Geldforderung bestehen müsse. Der Kern der weiteren Begründung liegt in folgenden Sätzen: Nach § 2 a. a. O. sei ein Gläubiger nur anfechtungsberechtigt, sofern die Zwangsvollstreckung zu seiner vollständigen Befriedigung nicht geführt habe oder anzunehmen sei, daß dies Resultat nicht erreicht werden würde. Des Gläubigers Anspruch verwandele sich, wenn der Schuldner einer bestimmten Sache diese fraudatorisch veräußere, in einen solchen auf das Interesse; erhalte Gläubiger dieserhalb Erfüllung, so sei er rechtlich vollständig befriedigt, wenngleich er die Sache, auf die sein Recht gegangen, nicht erhalten habe.[11]) Dann sei aber § 2 a. a. O. nicht anwendbar. Die alternative Fassung desselben beweise, daß man nur an die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gedacht habe, und jedenfalls sei diese Bestimmung so aufzufassen, daß der Gläubiger sich primär an den Schuldner und erst subsidiär an den fraudulosen Dritterwerber zu halten befugt sei. Im Uebrigen deduzirt das Reichsgericht im Anschluß an die oben wiedergegebene Tribunalsentscheidung auf Grund der Motive, daß wenn bei Erlaß des Reichsgesetzes eine Abweichung vom preußischen Rechte geplant gewesen wäre, solches deutlich zum Ausdruck gekommen wäre.

Diese Ausführung, welche mit der nicht sehr überzeugungskräftigen Erwägung schließt, daß die Ansicht des Ober-Tr. nicht als durchaus irrationell und als mit dem Geiste des Anfech-

---

[11]) Wem fällt hierbei nicht Ihering's Wort (Jahrb. f. Dogmatik Bd. 23 S. 237) ein? „Unsere Jurisprudenz steckt noch tief in den Banden des Materialismus!"

tungsgesetzes unvereinbar anzusehen sei, scheint uns nicht geeignet, unsere Kontroverse zu erschöpfen.[12])

Unseres Erachtens wird von den Vertheidigern der restriktiven Auslegung des § 2 des Reichs-Anf.-Ges. die Bedeutung der Motive des Gesetzes eben so sehr wie der Einfluß der preußisch-rechtlichen Praxis auf die gesetzgebenden Faktoren, zumal von einer auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum in unserer Frage nicht gesprochen werden kann, überschätzt. Läßt, wie das Reichsgericht bezeugt, die Fassung des Gesetzes Zweifel, ist das Korn'sche Argument aus dem Worte „vollständig" nicht beweiskräftig, weil letzteres ausreichend damit erklärt ist, daß bei der Gesetzesredaktion an den Hauptfall der Anfechtungsklage wegen Geldforderungen gedacht ist, tritt endlich der Behauptung von Eccius, daß nach der Ausdrucksweise der Reichsgesetze in das Vermögen des Schuldners nur eine Geldforderung vollstreckbar sei, das Reichsgericht selbst in unserer Entscheidung durch die These entgegen, daß der Ausdruck „Zwangsvollstreckung in das Vermögen" reichsrechtlich kein technischer sei, so wird man unsere Frage aus dem Wesen des Anfechtungsanspruches heraus zu beantworten sich bestreben müssen. Letzteres aber führt zu der Extensivinterpretation des Gesetzes im Sinne Jaeckels. Der Umstand, daß der Gesetzgeber bei der Normirung einzelner Satzungen an Geldforderungen als Grundlage der Anfechtung gedacht, schließt letztere sonst nicht aus, wenn die Ratio des Rechtsinstitutes eine Beschränkung nicht rechtfertigt. Und wenn die Terminologie in § 4 a. a. O. betont wird, so sei dagegen darauf hingewiesen, daß in der Ueberschrift des Reichsgesetzes gegensätzlich zu den preuß. Gesetzen über die Anfechtung die Qualifizirung des Schuldners als „zahlungsunfähig" nicht aufgenommen ist.

Die Ansicht des Reichsgerichts proklamirt für wichtige Fälle die Schutzlosigkeit des obligatorisch Berechtigten gegen dritte Personen. Eine solche folgt aber mit Nichten aus dem Inhalte des obligatorischen Anspruchs und ist unvereinbar mit dem letzterem im heutigen Rechte gewährten Rechtsschutze.[13])

Der Schuldner, der den Anspruch des Gläubigers nicht erfüllt, verletzt denselben. Durch Klage und Exekution setzt letzterer seinen

---

[12]) Ueber die Unzulässigkeit der Auslegung des Reichsges. vom 21. Juli 1879 aus dem preuß. Recht s. die Bemerkung Meißner's in diesen Beiträgen Bd. 32 S. 238.

[13]) Jhering a. a. O. S. 286, 287, 307.

Anspruch durch, und dient die Anfechtungsklage dazu, innerhalb bestimmter Grenzen den Vermögenszustand des Schuldners im Falle der Veräußerung von Vermögensstücken derartig wiederherzustellen, „ut perinde sint omnia, ac si nihil alienatum esset". Diesem Zwecke entspricht es, die Anfechtung soweit Platz greifen zu lassen, als die jeweilige Exekutionsgesetzgebung zur Verwirklichung des Gläubigerrechts im Interesse der privatrechtlichen Rechtsordnung es sich zur Aufgabe macht, den Inhalt des Urtels unmittelbar und nicht bloß in Gestalt von Surrogaten zu erzwingen. Wie es nicht im Belieben des Schuldners steht, eine auf Leistung individuell bestimmter Sachen oder Fungibilien gerichtete Obligation durch Anbietung des Geldwerthes statt Naturalgewährung zu erfüllen, und dementsprechend im modernen, durch die Reichs-Civilprozeßordnung sanktionirten, Rechte Urtel und Vollstreckung auf Naturalerfüllung gerichtet ist,[14]) ohne daß im Stadium der Vollstreckung der ursprüngliche Anspruch sich veräußert, so wird eine solche Metamorphose auch nicht gerechtfertigt, dadurch daß der Schuldner des Gegenstands des Anspruchs unter den Voraussetzungen des Anfechtungsgesetzes sich entäußert, sich in Bezug auf jenen leistungsunfähig macht. Auch in diesem Falle ist die Anfechtungsklage die Funktion des verletzten Anspruchs, dessen Bestreben es ist, sich zu seiner aus dem ursprünglichen Rechtsverhältniß resultirenden naturalen Befriedigung zu verhelfen.[15]) Die Substituirung eines Geldanspruchs an Stelle des primären auf Sachleistung tritt nach materiellrechtlichen Grundsätzen erst ein, wenn jener unrealisirbar ist — dies ist aber so lange nicht der Fall als die Sache, welche Gegenstand des Anspruches, vom Schuldner oder Dritterwerber herbeigeschafft werden kann. Die gegentheilige Ansicht verkennt den engen Zusammenhang zwischen Exekutions- und Anfechtungsrecht, sie übersieht, worauf Cosack mit Recht gegen das Obertribunal hingewiesen hat (a. a. O. S. 31), daß der Anfechtungsanspruch weder auf ein jus singulare hinausläuft, noch seinem Inhalte nach subsidiärer

---

[14]) Siehe Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 68, 169 ff., Ziebarth, Realexekution und Obligation S. 180, 182 ff., 208 ff. und Cosack a. a. O. S. 12—15.

[15]) Ueber den Inhalt der Anfechtungsobligation s. Seuffert, Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts I S. 152 und N. 4 daselbst; mit Recht wird daselbst S. 132 ausgeführt: „Daß jeder Forderungsanspruch im Konkurse in eine Geldforderung umgesetzt werden muß, folgt aus dem Wesen des Konkurses, nicht der Einzelexekution."

Natur ist. Es handelt sich vielmehr um ein generelles revokatorisches Rechtsmittel zur Ergänzung der Exekutionsvollstreckung, wie das Obertribunal,[16]) ohne Fruktifizirung dieses Gedankens, sich ausgedrückt hat. Wenn das Reichsgericht den Gläubiger aus einer Obligation auf certa res zunächst auf den Interessenanspruch gegen den kondemnirten Schuldner verweist, so verkümmert es jenem, selbst im Falle seiner diesbezüglichen Befriedigung, sein Recht aus einer Rücksicht auf den Dritterwerber, die immer da, wo die Voraussetzungen des Anfechtungsgesetzes vorliegen, nicht gerechtfertigt erscheinen. Vollends unbillig erscheint es aber, dem Gläubiger im Falle erweislicher Unmöglichkeit der pekuniären Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners zuzumuthen, den Interessenersatzanspruch gegen letzteren noch im Wege des Prozesses liquide zu stellen. Die Aufwendungen hierfür mehren seinen Verlust neben demjenigen wegen seines ursprünglichen Anspruches.

Erscheint es gegenüber dem Prozeß- und Exekutionsrecht der Römer als Ideal unseres Rechts — § 769 C.P.O. — die Realisirung des festgestellten Anspruchs möglichst nach seinem ursprünglichen Inhalt und Gegenstand herbeizuführen durch zwangsweise Vermittelung des Ueberganges des geschuldeten Gegenstandes von dem Schuldner auf den Gläubiger, entspricht dies aber auch der wirthschaftlichen Bedeutung des durch das Geldäquivalent nicht immer ausreichend gedeckten Interesses des Berechtigten an der Naturalerfüllung,[17]) so darf

---

[16]) Nach der von Meißner in diesen Beiträgen Bd. 32 S. 237 gegebenen Zusammenstellung der einschlägigen Entscheidungen vindizirt das Obertribunal der Anfechtungsklage den Karakter der Dinglichkeit und diesen adoptirt Dernburg, preuß. Privatrecht II (3. Aufl.) S. 330 für das Reichsrecht. So hat auch das Obertribunal wiederholt dem Anfechtungskläger gegen den schlechtgläubigen ersten Erwerber eine Entschädigungsklage zugesprochen, wenn dieser die vom Schuldner empfangene Sache weiter veräußert hat und dadurch sich zur Rückgewähr außer Stand gesetzt hat, ja es ist die Kumulation dieser Klage mit der auf Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts gerichteten Anfechtungsklage als zuläßig angesehen. — Entsch. d. Obertrib. Bd. 61 S. 419 ff. Vgl. diese Beiträge Bd. 28 S. 445. Dasselbe ist nach röm. Recht anzunehmen L. 9 Dig. quae i. fraudem 42, 8.

[17]) Mataja, Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie 1888, betont S. 37 mit Recht: „Die oft so sehr prekaire Ersatzverbindlichkeit wird unter Umständen ein vollkommen unzulängliches Mittel abgeben, um den die Rechte Anderer mißachtenden Willen im Zaume zu halten.“ Siehe daselbst S. 141—146, die Untersuchung des Unterschiedes der wirthschaftlichen Bedeutung eines Geldanspruchs im Gegensatz zur Forderung auf einen individuellen Gegenstand für das Vermögen des Berechtigten.

dieser letztere durch die Anfechtungsklage gegenüber jedem Dritten sich verschaffen, dem das Anfechtungsgesetz die Gefahr des Unvermögens derartiger Befriedigung in der Person des Schuldners aufbürdet. Dies entspricht dem materiellen und formalen Rechte, überdies aber auch der Billigkeit, deren Berücksichtigung [18]) umsomehr geboten ist, wenn dem Urtheile Dernburgs (Pandekten Bd. 2 § 147 Note 9) beigepflichtet werden muß, daß das Reichsanfechtungsrecht vielfach lückenhaft ist.

Die diesseits bekämpfte Ansicht verliert nach unsern Ausführungen ihren Boden, wenn man den Muth hat, die Konsequenzen aus dem Reichsgesetze zu ziehen, welche weder mit dem Zwecke des letzteren noch mit sonstigen Rechtsprinzipien in Widerspruch treten, mag auch der Gesetzgeber an jene nicht gedacht haben. Der legislatorische Grundgedanke der paulianischen Anfechtung einerseits, das modernrechtliche, auf die Realisirung der Rechte nach ihrem primären Leistungsinhalt abzielende, im § 769 C.P.O. anerkannte Kondemnationsprinzip andererseits, führen zur Verneinung des Dogmas von der Subsidiarität der Anfechtungsklage und deren Beschränkung auf Geldansprüche. „Vollständige Befriedigung" des Gläubigers, satisdatio (L. 176 D. de verb. signif. 50, 16) fehlt nicht dann erst, wenn derselbe seinen Interessenanspruch, das Surrogat des ursprünglichen Rechts, nicht durchsetzen kann, sondern sobald er nur nicht die res, quae est in obligatione, erhält.

Soll der Anfechtungsbeklagte den Kläger, der die Revokation der von dem Schuldner des letzteren an jenen fraudatorisch gelangten individuellen Sache anstrebt, zunächst auf den Entschädigungsanspruch an diesen verweisen dürfen, so wäre die Folgerung unabweislich, daß er selbst dem Anfechtungskläger die Entschädigungssumme offeriren und so die Klage elidiren dürfte. Daß dies nicht die Auffassung der Römer ist, beweist L. 10 § 8 Dig. quae in fraudem cred. 42, 8:

> Non tamen si dicat aliquis: offero quod debetur, ei quem scio esse creditorem, audiendus erit, ut actionem eludat.

Anders entscheiden,[19]) als es **Ulpian** in dieser, unseres Dafürhaltens nicht ausreichend beachteten, Stelle thut, hieße den Zweck der Klage illusorisch machen, von der L. 10 § 19 h. t. sagt: per

---

[18]) Siehe hierüber Trendelenburg, Naturrecht 2. Aufl. S. 189.

[19]) Abweichender Ansicht scheint bezüglich dieser Befugniß, pretium offerre, zu sein: Borchardt, das Institut der Vormerkung im Geltungsbereich der preuß. Grundbuchges. S. 125.

hanc actionem res restitui debet cum sua causa. In richtiger Erkenntniß ist denn auch in dem Urtel des Reichsgerichts III. Civils. vom 25. November 1884 (Entsch. in Civilsachen Bd. 12 S. 204—215), unter Verwerfung eines diesbezüglichen Einwandes des Beklagten ausgeführt, daß die Anfechtung einer Rechtshandlung des Schuldners nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Gläubiger sich anderweite Befriedigung zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung hätte verschaffen können, wenn er namentlich von einem ihm zustehenden Pfandrechte Gebrauch gemacht hätte. Mit Recht ist hier die Auffassung zurückgewiesen, daß der Anfechtungskläger durch den Beklagten sich auf den Versuch, wegen der durch die angefochtene Veräußerung ihm widerfahrenen Läsion zunächst sich aus dem sonstigen Vermögen des Schuldners zu erholen, verweisen lassen müßte. Dies wäre ebenso unzulässig, als wenn ein Gericht den Antrag eines Gläubigers auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zur Abwendung der ihm im Sinne des § 817 Abs. 2 C.P.O. durch „Veräußerung, Belastung oder Verpfändung" der geschuldeten, individuell bestimmten, Sache drohenden Vereitelung seines Anspruchs auf letztere aus dem Grunde abweisen wollte, daß Implorant nicht zur Begründung den Nachweis beigebracht, daß er wegen des drohenden Rechtsnachtheils nicht aus dem Vermögen des Schuldners in Geld würde Entschädigung erlangen können. Der Schutz des Rechts auf eine Individualleistung in Gestalt der einstweiligen Verfügung korrespondirt dem nach vollzogener Rechtsverletzung begründeten Anfechtungsrechte. Jene sichert die Zwangsvollstreckung, diese restituirt dieselbe. Nach dem Wortlaute des § 7 Abs. 1 Anf.Ges. „der Gläubiger kann . . . beanspruchen, daß dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde", ist der Anfechtungsanspruch wie im römischen Recht so auch bei uns restitutorischer Natur, prinzipaliter auf Rückgabe des an den Revokationsbeklagten gelangten individuellen Objekts gerichtet. Dieser Anspruch geht unter den Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 Ges. vom 21. Juli 1879 auch gegen den Singularsukzessor des Mitkontrahenten des Schuldners des Anfechtungsklägers, ohne daß dessen Haftung davon abhängig gemacht ist, daß Kläger zunächst aus dem Vermögen des Rechtsvorfahrs, als des ursprünglichen zur Leistung nach § 7 a. a. O. Verpflichteten, wegen Nichterfüllung der Rückgewährpflicht Ersatz in Gelde zu suchen hätte. Diese Bestimmung, sowie

die engen Beziehungen zwischen dem materiellen Recht und der Zwangsvollstreckung bieten unseres Erachtens der hier vertheidigten Ansicht ausreichenden Halt; dem Anfechtungsrecht ist danach die Kraft verliehen, die Interessen des loyalen Verkehrs gegen die Schleichwege des letztern unter dem Deckmantel des legitimen Rechtsgeschäfts zu schützen.

Hätte man den historischen Zusammenhang des Rechts der Realexekution mit dem in der mittelalterlichen Jurisprudenz ausgebildeten sog. Recht zur Sache, wie solcher durch die Untersuchungen von Ziebarth: Die Realexekution und die Obligation 1866 (bes. S. 201 ff., 206—219) und von v. Bruenneck: Ursprung des sog. jus ad rem (bes. S. 95, 103—106) dargethan worden, mehr beachtet, so hätte man die dogmatischen Grundlagen für das heutige Anfechtungsrecht in den Sätzen, welche das preuß. A.L.R. über das Recht zur Sache ausgebildet hat[20]) (vgl. Dernburg, Lehrb. d. preuß. Privatrechts Bd. 1 4. Aufl. § 184 und Stobbe, Handbuch d. deutschen Privatrechts Bd. 1 § 66 sub III), in der Weise vorgezeichnet gefunden, daß sowohl eine einheitliche Begründung des außerkonkursmäßigen Anfechtungsanspruchs, als auch die diesseits vertheidigte Beantwortung unserer Einzelfrage mit Leichtigkeit hätte gewonnen werden müssen.

10.

Ueber das Verhältniß der §§ 166—170 C.P.O. zu § 157 Abs. 1, §§ 158 und 159 C.P.O.

Von Herrn Gerichtsreferendar F. Birkenbihl zu Wiesbaden.

I.

Die C.P.O. unterscheidet zwischen den regelmäßigen Zustellungen einerseits und den öffentlichen Zustellungen und den Ersatzzustellungen andererseits. Was die regelmäßigen Zustellungen betrifft, so hat das Gesetz bezüglich einzelner Klassen von physischen und juristischen Personen in den §§ 157, 158 und 159 detaillirte Bestimmungen getroffen; die Ersatzzustellungen — um von den hier

---

[20]) Wir können bei dieser Gelegenheit unser Bedauern nicht unterdrücken, daß im Entwurf des bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich das Institut des Rechts zur Sache, nach unserm Dafürhalten die sittliche Ueberbrückung des starren Gegensatzes des dinglichen und obligatorischen Rechts bedeutend, mit Stillschweigen übergangen ist.

nicht interessirenden öffentlichen Zustellungen ganz abzusehen — sind in den §§ 166—170 geregelt; hier sind die Grundsätze darüber aufgestellt, wie zu verfahren ist, wenn „die Person, welcher zugestellt werden soll", nicht angetroffen wird oder an der Annahme verhindert ist. Während die §§ 166, 167 und 170 allgemeine diesbezügliche Anordnungen treffen, behandelt der § 168 die besonderen Fälle der Ersatzzustellung für Gewerbetreibende, welche ein besonderes Geschäftslokal haben, und für Rechtsanwälte. Der § 169 regelt die Ersatzzustellungen für die gesetzlichen Vertreter und Vorsteher von Behörden, Gemeinden, Korporationen und Personenvereinen, schließt somit eng an den Absatz 2 des § 157 an. Nur für diesen Fall hat also die Civilprozeßordnung spezielle Vorschriften getroffen, dagegen die Frage nach der Zulässigkeit von Ersatzzustellungen in den anderen, in § 157 Abs. 1, §§ 158 und 159 besonders hervorgehobenen und geregelten Fällen mit Stillschweigen übergangen. Wie steht es nun hiermit? m. a. W.: Kann, wenn der gesetzliche Vertreter einer nicht prozeßfähigen Person (die Gemeinden, Korporationen 2c., da die Ersatzzustellungen an sie schon im § 169 geregelt sind, ausgenommen), der Chef, der einem Unteroffiziere oder einem Gemeinen des aktiven Heeres oder der aktiven Marine zunächst vorgesetzten Kommandobehörde, der Generalbevollmächtigte, bzw. in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten der Prokurist nicht angetroffen wird, statt der Zustellung an diese Personen eine Ersatzzustellung nach Maßgabe der §§ 166—170 stattfinden?

Es ist dies eine Frage, die gewiß sehr leicht praktisch von Wichtigkeit werden kann und es auch wohl schon geworden ist, die jedoch von der Literatur, soweit sie mir zugängig gewesen ist, insbesondere auch von den Kommentatoren der C.P.O., theils gar nicht, theils nur ganz kurz und andeutungsweise behandelt worden ist, obwohl sie zu mancherlei Zweifeln Anlaß giebt und sowohl für ihre Bejahung, wie für ihre Verneinung nicht unwichtige Gründe sprechen. Bestimmt ausgesprochen haben sich, und zwar für die Bejahung der obigen Frage, was den am wenigsten zweifelhaften Fall des § 158 betrifft: von Bülow, Endemann, Kleiner, Siebenhaar, Struckmann und Koch, Walter[1]) und andeutend: Pe-

[1]) v. Bülow, die C.P.O. zu § 158 Anm. 3 S. 106; Endemann, Der deutsche Civilprozeß, Bd. 1 zu § 166 Anm. 2 S. 546; Kleiner, Kommentar zur C.P.O.

tersen, Puchelt, von Sarwey, Seuffert,[2]) jedoch alle ohne weitere Begründung ihrer Ansicht, oder höchstens mit Berufung darauf, daß der Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde zu den im § 169 genannten Vorstehern einer Behörde gehöre. Für die Zulässigkeit von Ersatzzustellungen in den Fällen des § 157 Abs. 1 und § 159 ist bloß Endemann,[3]) sowie weniger bestimmt Hellmann[4]) eingetreten, während die übrigen Kommentare und sogar die kleine Scheele'sche Monographie[5]) hierüber keinerlei Bemerkungen enthalten. Auch die Praxis hat sich mit der in Rede stehenden Frage meines Wissens noch nicht beschäftigt; diesbezügliche oberstrichterliche Entscheidungen konnten nicht gefunden werden.

Es sei mir daher vergönnt, im Folgenden meine Ansicht über die Zulässigkeit der Ersatzzustellungen in allen den gedachten Fällen des Genaueren auszuführen und zu begründen, wobei ich den, wie bereits bemerkt, schon an sich am wenigsten zweifelhaften Fall des § 158 nur kurz behandeln werde, da die Zulässigkeit der Ersatzzustellungen für den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde bei der verhältnißmäßig großen Anzahl der Autoren, welche für dieselbe eingetreten sind, und da eine andere Ansicht nicht geäußert worden ist, als feststehend gelten kann.

Vorausschicken will ich jedoch die Bemerkung, daß die sämmtlichen hier in Betracht kommenden Zustellungen und natürlich auch Ersatzzustellungen, sowohl solche von Urtheilen, wie solche von Beschlüssen, Verfügungen, Rechtsmitteleinlegungen 2c. gemäß der Bestimmungen der §§ 162—164 nur für den Fall statthaben können, daß ein Prozeß noch nicht anhängig, oder zwar anhängig ist, aber ein Prozeßbevollmächtigter für die Instanz noch nicht bestellt ist.[6])

Bd. 1 § 169 S. 596; Siebenhaar, Kommentar zur C.P.O. zu § 169 S. 206; Struckmann und Koch, die C.P.O. für das deutsche Reich zu § 158 Anm. 1 S. 164; Walter, Formularbuch für preußische Gerichtsvollzieher S. 97.

[2]) Petersen, die C.P.O. für das Deutsche Reich zu § 169 S. 403; Puchelt, die C.P.O. für das Deutsche Reich Bd. 1 zu §§ 156—159 N. 5 S. 425; v. Sarwey, die C.P.O. für das Deutsche Reich Th. 1 § 158 S. 254; Seuffert, die C.P.O. für das Deutsche Reich zu § 158 Anm. 2 S. 191.

[3]) a. a. O. Bd. 1 zu § 166 S. 546; zu § 168 S. 550; zu § 170 S. 553.

[4]) Hellmann, C.P.O. für das Deutsche Reich Bd. 1 zu § 165 S. 494.

[5]) Scheele, Die Zustellung im Civilprozeß. Hamm 1886.

[6]) Anders in den früheren Gesetzgebungen. So war in Bayern Zustellung der Urtheile im engeren Sinne an den Anwalt und die Partei im Anwaltsprozesse vorgeschrieben; in Preußen mußten Urtheile direkt an die Partei zu-

Ihr Hauptanwendungsgebiet werden die §§ 157—159 daher bei den Zustellungen haben, welche einen Rechtsstreit anhängig machen, also insbesondere bei den Zustellungen der Klage, der Ladung; niemals vorkommen können sie dagegen im anhängigen Anwaltsprozeß, in welchem beide Parteien durch Anwälte vertreten sind.

II.

Gegen die Annahme, daß statt der regelmäßigen Zustellung an den gesetzlichen Vertreter einer nicht prozeßfähigen Person, den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde, den Generalbevollmächtigten, bezw. Prokuristen für diese Personen eine Ersatzzustellung nach Maßgabe der §§ 166—170 stattfinden könne, spricht gleichmäßig für alle diese Fälle (des § 157 Abs. 1, §§ 158 und 159) Folgendes:

In ihnen allen, wie auch in dem hier nicht weiter interessirenden Falle des § 157 Abs. 2 ist der Empfänger des zuzustellenden Schriftstücks, genauer diejenige Person, an welche die körperliche Uebergabe desselben erfolgt, eine andere als die, für welche es in der That bestimmt ist; erstere ist ein Vertreter der Partei. Ein solcher ist aber auch der zu der Familie gehörende erwachsene Hausgenosse, die in der Familie dienende erwachsene Person (§ 166 Abs. 1), sowie der in demselben Hause wohnende Hauswirth oder Vermiether (§ 166 Abs. 2) ꝛc. Es liegt somit in allen den durch die §§ 157 bis 159 besonders geregelten Fällen eine Art Ersatzzustellung vor. Statt einer Ersatzzustellung, wenn dieselbe nicht ausführbar, nochmals eine weitere Ersatzzustellung zuzulassen, widerspräche aber dem Sinne des Gesetzes, würde eine zuweitgehende, weil zu große Unsicherheit der Zustellungen bewirkende Erleichterung sein. Es ist dies dennoch ausdrücklich geschehen und angeordnet betreffs des § 157 Abs. 2 durch den § 169. Schon hieraus läßt sich für die in § 157 Abs. 1, §§ 158 und 159 geregelten Zustellungen schließen, daß sie wirkliche, keine Ersatzzustellungen sind. Die oben gedachten Fälle enthalten aber auch in der That nur eine Art, keine wahre Ersatzzustellung. Dies folgt einmal schon aus der Stellung der §§ 157—159 in der C.P.O., da sie in den von den gewöhnlichen Zustellungen handelnden Theil aufgenommen sind, nicht in den die Ersatzzustellungen regelnden Paragraphen behandelt werden. Es

---

gestellt werden und durften es an die Prozeßbevollmächtigten nur auf Grund einer Spezialvollmacht. Vgl. Hellmann, a. a. O. zu §§ 162—164 N. 3 S. 487.

folgt dies weiter aber auch aus der Erwägung, daß die eigentlichen und wahren Ersatzzustellungen nur dann stattfinden können, wenn der Adressat selbst nicht angetroffen wird, also erst in zweiter Linie, während diese den Ersatzzustellungen ähnlichen, nennen wir sie Hilfszustellungen, direkt und in erster Linie sofort an den in den §§ 157 bis 159 angeführten Hilfsmann erfolgen können, bezw. sogar müssen.

Weiter legt der Umstand, daß die C.P.O. bei den Bestimmungen über die Ersatzzustellungen von den von ihr besonders erwähnten und geregelten Zustellungen der §§ 157—159 nur derjenigen des Absatzes 2 des § 157 gedenkt und nur diese regelt, die anderen aber gar nicht erwähnt, die Vermuthung nahe, — aber auch nur diese, nicht mehr, — daß eine Ersatzzustellung, falls in Gemäßheit des § 157 Abs. 1, §§ 158 und 159 nicht regelmäßig zugestellt werden könne, nicht stattfinden dürfe. Andererseits kann man aus dem Umstande, daß die §§ 166—170 der übrigen Zustellungen der §§ 157—159 nicht gedenken, mit dem gleichen Rechte auch den Schluß ziehen, daß die Fälle des § 157 Abs. 1, §§ 158 und 159 von den allgemeinen Bestimmungen über die Ersatzzustellungen betroffen werden sollen und nur der Fall des § 157 Abs. 2 eine besondere Regelung erfahren soll.

Für die Unzulässigkeit von Ersatzzustellungen in den Fällen des § 157 Abs. 1, §§ 158 und 159 spricht freilich auch noch der Umstand, daß in der ministeriellen preußischen Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher vom 24. Juli 1879 nirgends eine Ersatzzustellung für die gedachten Fälle besonders erwähnt worden ist, und ferner, daß auch die in dem Anhang zur Geschäftsanweisung abgedruckten amtlichen Muster für Zustellungsformulare keinen Vordruck für derartige Ersatzzustellungen enthalten, ebenso wie dies auch bei den der Verfügung des Generalpostmeisters vom 24. August 1879 beigefügten fünf postamtlichen, mit C. 87 a—e bezeichneten, Formularen für Zustellungsurkunden der Fall ist. Aber auch dies ist nicht von ausschlaggebender Bedeutung, da ja die Geschäftsanweisung und selbstredend auch die Verfügung des Generalpostmeisters der C.P.O., als einem Gesetze, gegenüber natürlich nur reglementarische Kraft hat, nur instruktionell ist. Die gedachten Anweisungen sind daher, selbst wenn sie — was ja aber keineswegs der Fall ist — die Ersatzzustellungen in den Fällen der §§ 157—159 ausdrücklich verbieten würden, bedeutungslos und unverbindlich, falls sich aus der C.P.O. das Gegentheil ergiebt. Wie es sich hiermit verhält, davon unten!

Ein weiterer Einwand, den man gegen die Zulässigkeit von Ersatzzustellungen in den Fällen des § 157 Abs. 1, §§ 158 und 159 machen könnte, nämlich daß das zuzustellende Schriftstück einer Person übergeben werde, welche ohne jegliches Interesse für die fragliche Angelegenheit sei, ist ebenfalls hinfällig. Denn diese Möglichkeit „ist bei dem von der C.P.O. angenommenen Systeme der Ersatzzustellungen nirgends ausgeschlossen und kann insbesondere bei den Zustellungen gemäß § 168 Abs. 1 und 2 dieses Gesetzes leicht vorkommen, da auch solche Zustellungen im Geschäftslokale erfolgen dürfen, welche sich nicht auf das Geschäft, sondern auf Privatangelegenheiten des Gewerbetreibenden oder Rechtsanwalts beziehen. Aus dem Umstande, daß der Zweck der Zustellung möglicherweise nicht erreicht wird, ergiebt sich nicht, daß von einer im Gesetze vorgesehenen Zustellung Gebrauch nicht gemacht werden darf."[7]) Müßte doch sonst auch die regelmäßige Zustellung an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde statt ausdrücklich angeordnet (§ 158), vielmehr verboten sein, da auch hier die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß das zuzustellende Schriftstück dem Unteroffiziere oder Gemeinen nicht ausgehändigt wird. Und doch ist nach der C.P.O. die Insinuation mit der Zustellung an den Chef vollendet,[8]) ihre Gültigkeit hängt, wie die Motive — S. 146 — bemerken, nicht von der wirklich geschehenen Weiterbeförderung an den eigentlichen Requisiten ab.

III.

Nachdem ich nun in vorstehenden Zeilen die gegen die Zulässigkeit der Ersatzzustellungen für den gesetzlichen Vertreter, den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde, den Generalbevollmächtigten, bezw. Prokuristen allenfalls sprechenden Umstände hervorgehoben und, wie ich hoffe, widerlegt habe, sollen im Folgenden die Gründe angegeben werden, welche für die Zulässigkeit der gedachten Ersatzzustellungen sprechen, und soll nachzuweisen versucht werden, daß dieselbe stattfinden können. Hierbei will ich den Fall des § 158, da er ja aus den schon oben erwähnten Gründen kurz behandelt werden kann, vorausschicken.

A.

Der § 158 hat für Unteroffiziere und Gemeine des aktiven Heeres und der aktiven Marine die Zustellung an den Chef der

---

[7]) R.G. Entsch. in Civilsachen Bd. 16 S. 349 ff.

[8]) Vgl. auch Kommissions-Protokolle S. 102.

ihnen zunächst vorgesetzten Kommandobehörde obligatorisch gemacht in der Weise, daß an erstere eine unmittelbare Zustellung mit rechtlicher Wirkung gar nicht erfolgen kann. Für diese Militärpersonen, aber auch nur für sie, nicht für alle, ist die gedachte Vorschrift abweichend von der preußischen A.G.O., Anhang § 55, aus dem Utilitätsgrunde getroffen worden, daß die Bewirkung der Zustellung in Kasernements zu Unzuträglichkeiten führen könnte.[9]) Diese Personen werden deshalb vom Gesetze rücksichtlich der Zustellungen als unselbständige Personen angesehen und behandelt, für welche, wie der Direktor im Reichskanzleramte v. Amsberg auf eine Anfrage des Abgeordneten Dr. Wolffson bei der Berathung der C.P.O. in der Kommission bemerkte[10]), der Chef die Zustellung „gewissermaßen als Zustellungsbevollmächtigter" in Empfang nimmt, welche Auffassung, da sie schon in den Motiven Ausdruck gefunden hat und ihr bei der Kommissionsberathung keinerlei Widerspruch entgegengesetzt worden ist, wohl als entscheidend gelten kann.[11]) Der Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde darf die Annahme des zuzustellenden Schriftstückes nicht verweigern; die Zustellung gilt mit der Abgabe desselben an ihn als bewirkt, auch wenn es nicht an den Requisiten sollte weiter befördert worden sein, und kann aus diesem Grunde nicht angefochten werden.[12]) Der Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde ist also der gesetzliche Zustellungsempfänger, er steht dem gesetzlichen Vertreter einer nicht prozeßfähigen Person gleich. Daher gilt auch alles, was unten über des letzteren Stellung gesagt werden wird, in gleicher Weise für ihn mit.

Aber ganz abgesehen von diesen aus der Stellung des „Chefs" folgenden Erwägungen ergiebt sich die Zulässigkeit der Ersatzzustellungen für ihn auch schon aus dem Wortlaute des Gesetzes selbst, und müßte sie angenommen werden, auch wenn sie für den gesetzlichen Vertreter einer nicht prozeßfähigen Person geleugnet würde. Der § 169 bestimmt nämlich, daß, wenn der gesetzliche Vertreter oder Vorsteher einer Behörde, einer Gemeinde 2c. nicht angetroffen wird, oder an der Annahme verhindert ist, Ersatzzustellungen nach Maßgabe der in demselben Paragraphen gegebenen Vorschriften

---

[9]) Vgl. Motive S. 146.

[10]) Vgl. Kommissions-Protokolle S. 102.

[11]) Vgl. auch Seuffert a. a. O. zu § 158 Anm. 2 S. 191 und Hellmann a. a. O. zu § 158 S. 475.

[12]) Vgl. Siebenhaar a. a. O. zu § 158 S. 200.

stattfinden sollen. Zu den Behörden gehört aber doch auch „die zunächst vorgesetzte Kommandobehörde“; jedenfalls hat das Gesetz sie wenigstens durch die Wahl des Ausdrucks „Kommando behörde“ dazu gerechnet wissen wollen. Es finden daher, da es keinem Zweifel unterliegt, daß der Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde ihr Vorsteher ist, die Bestimmungen des § 169 auch auf ihn Anwendung.

Zu eigenen Händen kann ihm gemäß der C.P.O., wenn er, was ja allerdings wohl kaum vorkommen wird, am Orte der Zustellung keine Wohnung und kein Geschäftslokal hat, an jedem passenden Orte zugestellt werden, wo er angetroffen wird. Anderenfalls kann die Zustellung an ihn nach der Wahl des Zustellungsbeamten entweder in seiner Wohnung, oder, falls er ein solches hat, in seinem Geschäftslokale erfolgen. Eine Ersatzzustellung für ihn, wenn er in dem Geschäftslokale während der gewöhnlichen Geschäftsstunden nicht angetroffen wird, oder an der Annahme verhindert ist, kann dann an einen anderen in dem Geschäftslokale anwesenden Beamten oder Bediensteten bewirkt werden (§ 169 Abs. 1); hat er ein besonderes Geschäftslokal nicht und wird er in seiner Wohnung nicht angetroffen, so kann gemäß den §§ 166 und 167 zugestellt werden. Ist eine Ersatzzustellung im Geschäftslokale nicht möglich, so muß der Zustellungsbeamte entweder zu einer anderen Zeit im Geschäftslokale, oder in der Wohnung zu eigenen Händen das Requisiten zuzustellen versuchen. Die Geschäftsanweisung § 29 hat freilich die Zustellung an den gesetzlichen Vertreter oder Vorsteher von Behörden 2c., mithin auch an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde in der Weise geregelt, daß die Zustellung zuerst im Geschäftslokale zu eigenen Händen, event. an die dort anwesenden Beamten oder Bediensteten, und erst, wenn in dieser Weise nicht ausführbar, in der Wohnung an den Requisiten selbst, bezw. dessen Ersatzmann erfolgen soll, jedoch selbstverständlich unter Wahrung der Vorschrift des § 169 Abs. 2. Bemerkt werden mag hier, daß, wie Walter[13]) richtig anführt, der Bursche nicht als Dienstbote im Sinne des § 166 anzusehen ist, da er nicht gemiethet, sondern kommandirt ist.

Betreffs der über die Zulässigkeit der Ersatzzustellungen in

---

[13]) A. a. O. S. 97. Vgl. auch Schönfeld, der preuß. Gerichtsvollzieher S. 152 Anm. zu § 108 der Geschäfts-Anweisung i. f.

diesem Falle hier aufgestellten Ansicht vgl. außer den eingangs zitirten Schriftstellern auch die Motive S. 146.

B.

Wenden wir uns nun zu der Frage nach der Zulässigkeit von Ersatzzustellungen für die gesetzlichen Vertreter einer nicht prozeßfähigen Person und für den Generalbevollmächtigten, bezw. Prokuristen!

1. Voraussetzung der Zulässigkeit einer jeden Ersatzzustellung ist, daß „die Person, welcher zugestellt werden soll" nicht angetroffen wird (§ 166). Wer ist nun in den in Rede stehenden Fällen „die Person, welcher zugestellt werden soll?" Ist es die nicht prozeßfähige Person oder der gesetzliche Vertreter derselben (§ 157 Abs. 1), ist es die Partei selbst, oder der Generalbevollmächtigte, bezw. Prokurist (§ 159)?

Diese beiden Fälle des § 157 Abs. 1 und § 159 unterscheiden sich, was die Stellung des Zustellungsempfängers betrifft, sehr erheblich von einander.

a) Im ersten Falle — und das Gleiche gilt auch von dem oben behandelten Falle des § 158 — können nach dem bestimmten Wortlaute des § 157 Abs. 1:

„die Zustellungen, welche an eine Partei bewirkt werden sollen, erfolgen für die nicht prozeßfähigen Personen an den gesetzlichen Vertreter derselben,"

die nicht prozeßfähigen Personen die Zustellungen mit rechtlicher Wirkung gar nicht in Empfang nehmen. Zu den nicht prozeßfähigen Personen gehören aber sowohl die physischen, und zwar nicht nur diejenigen physischen Personen, welche keinen Willen haben, wie Kinder, Geisteskranke, sondern auch diejenigen, welche zwar willensfähig, aber nicht oder nur beschränkt dispositionsfähig sind, wie minderjährige Hauskinder, Verschwender 2c., als auch die juristischen, speziell alle diejenigen juristischen Personen, welche im Abs. 2 des § 157 nicht inbegriffen sind, z. B. die in § 19 besonders erwähnten, dagegen in § 157 allerdings nicht aufgezählten Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen. Statt an die nicht prozeßfähigen Personen müssen vielmehr die für sie bestimmten Zustellungen an ihre gesetzlichen Vertreter erfolgen, worunter nicht nur die Vormünder der unter Alters- Zustands- und Abwesenheits-Vormundschaft stehenden Personen, sowie die Väter der in väterlicher Gewalt befindlichen Minderjährigen, sondern auch die Vertreter der

juristischen Personen, der Konkursverwalter und der nach § 609 einem zu Entmündigenden bestellte Litiskurator zu verstehen ist.[14]) Die Zustellung an sie ist von dem Gesetze derart obligatorisch gemacht, daß eine an die nicht prozeßfähige Person selbst erfolgte Zustellung ungültig, ohne rechtliche Wirkung ist, somit ein Versäumnißurtheil z. B. nicht erlassen werden kann. Andererseits haben diese gesetzlichen Vertreter außer dem Recht auf die Zustellung, auch die Pflicht, sie in Empfang zu nehmen. Es folgt dies, was die nicht prozeßfähigen Personen, soweit sie physische Personen sind, betrifft, aus der Stellung derselben im Rechte überhaupt; sind sie ja doch, obwohl thatsächlich zur Empfangnahme der Zustellung befähigt, rechtlich, weil nicht prozeßfähig, d. h. nicht vertragsverpflichtungsfähig (§ 51), an derselben verhindert. Bezüglich der Behörden ꝛc. als solcher, sowie der übrigen nicht prozeßfähigen juristischen Personen ergiebt sich die gedachte Vorschrift aus der Natur derselben, da sie als nicht physische Personen eine Handlung nicht vornehmen können, somit die Zustellung, welche gemäß § 156 Abs. 1 ein thatsächlicher, in der Uebergabe einer Ausfertigung, bezw. einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes bestehender Akt ist, an sie gar nicht ausgeführt werden kann.

Die Person, an welche die Uebergabe des zuzustellenden Schriftstückes erfolgen soll, somit auch „die Person, welcher zugestellt werden soll" ist nach der kategorischen Vorschrift des § 157 also der gesetzliche Vertreter der nicht prozeßfähigen Person, nicht diese selbst. Für Letztere soll wohl zugestellt werden, nicht aber an sie; sie ist die Partei, nicht aber die Person, an welche die Zustellung bewirkt werden soll. „Die Person, welcher zugestellt werden soll" ist der gesetzliche Vertreter, auch selbst wenn er nicht der „Adressat" ist, welchen Ausdruckes sich die Kommentatoren nach dem Vorgange der Motive zur C.P.O. in unrichtiger, oder wenigstens ungenauer und zu Mißverständnissen Anlaß gebender Weise als der von der C.P.O. selbst stets gebrauchten Phrase „die Person, welcher zugestellt werden soll" gleichbedeutend bedienen. In dem gewöhnlichen Wortsinne bezeichnet „Adressat" doch diejenige Person, welche auf einem Schrift-, oder Gepäckstück ꝛc. als die Person, für welche dasselbe bestimmt ist, angegeben ist. Bei Schriftstücken, die einem Minderjährigen, einer Behörde ꝛc., einem Unteroffiziere oder Gemeinen zu-

[14]) Siebenhaar, a. a. O. zu § 157 S. 199.

gestellt werden sollen, wird es aber mitunter vorkommen, „Adresse“ auf diese physischen, bzw. juristischen Personen la also der „Adressat“ sind, während der Empfänger, „die welcher zugestellt werden soll,“ der Vormund 2c. ist. Rich freilich die Adresse lauten müssen: „An N. N. unter Vorm des X.“ oder „vertreten durch X.“, „zu Händen des X.“, wel Form von der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher Abs. 5 und 6 — gewählt ist. Aber auch wenn die Adre wie angegeben, richtig gefaßt ist, so wird der Zustellungsbe Zustellung doch nicht an den Minderjährigen 2c., sondern gesetzlichen Vertreter 2c. zu bewirken haben. A.M. freilich, der Minderjährigen, Wilmowski und Levy[15]) nach welchen setzung der Zustellung an die gesetzlichen Vertreter ist, daß Adresse die Prozeßunfähigkeit und die Vertreter hervorgeh welche Ansicht, wenn die Voraussetzung als rechtliche, nicht faktische aufgefaßt werden soll, Anhaltspunkte weder in der noch auch in der Geschäftsanweisung gegeben sind; enthält doch in § 35 Abs. 5 und 6 nur diesbezügliche Bestimmungen der Zustellungen an Unteroffiziere und Gemeine und an Gemeinden 2c., also nur bezüglich solcher Personen, welche, vornherein bei Absendung des zuzustellenden Schriftstückes in Person eine Zustellung mit rechtlicher Wirkung nicht in nehmen dürfen, bzw. es gar nicht können, betreffs deren es kannt ist, daß sie einen Vertreter haben.

Unberücksichtigt bleiben kann hier füglich die bei der der nicht prozeßfähigen Personen und ihrer gesetzlichen Vert nahe liegende, jedoch nicht unzweifelhafte Ansicht, daß le wahre Partei seien, nicht bloß Stellvertreter und Reprä der ersteren, bei der Richtigkeit welcher Ansicht der gesetzl treter natürlich auch die Person wäre, welcher zugestellt w Diese Ansicht läßt sich jedoch nicht mit Sicherheit als di hinstellen und behaupten. Die Motive — S. 77 — ben dieser Beziehung: „Der gesetzliche Vertreter hat im Allgeme insoweit nichts Abweichendes vorgeschrieben ist, die Befug Pflichten einer Partei — oder wie sich Württemberg Art Bayern Art. 60 ausdrücken — der gesetzliche Vertreter steht d gleich und ist, wie diese zu allen Prozeßhandlungen befug

[15]) Civilprozeßordnung 2c. zu § 157 Anm. 3 S. 201.

vas anderes bestimmt," und führen die §§ 80,
.5, 418, 421, 203 und 150 als Stellen an, in
uenzen dieses Grundsatzes gezogen sein sollen.
aber auch zugleich, daß derselbe in dem Entwurfe
sgesprochen sei. Allein wie Endemann[16]) richtig
sowohl in den Motiven in dieser Beziehung
. B. S. 171 zu § 203), wie auch in der C.P.O.
em § 217 derselben ist, wie sich aus dem § 219
der gesetzliche Vertreter unter „Partei" sicherlich
ebensowenig wie dies in § 145 Nr. 4 u. a. m.

e Stellung als der gesetzliche Vertreter nimmt
gnahme von Zustellungen der Generalbevollmäch-
kurist ein. Der § 159 bestimmt betreffs ihrer:
erfolgt an den Generalbevollmächtigten, sowie in
Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen
n an den Prokuristen mit gleicher Wirkung wie
lbst;"
an den Generalbevollmächtigten, bzw. Prokuristen
kann dies aber geschehen; wohl aber darf auch
Zustellung in Empfang nehmen,[17]) es darf dies
h noch der Generalbevollmächtigte, d. h. der zur
rmögensangelegenheiten von einer Person Beru-
eßvollmacht nicht entzogen ist, und in den durch
Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitig-
(Art. 41 ff. H.G.B.) thun. Nicht aber kann mit
auch dem Handlungsbevollmächtigten (Art. 47—49
werden; derselbe ist zur Prozeßführung nur dann
n die Befugniß hierzu durch seine Vollmacht eigens

nun: Ist trotz dieser Verschiedenheit der Stellung
atorischer und ausschließlicher, andererseits fakul-
uldeter Zustellungsempfänger — auch der General-
w. Prokurist doch „die Person, welcher zugestellt

tersucht werden müssen, was hier das Wort „soll"

§ 50 II S. 313.
scher Entwurf S. 325 und Motive zu § 152, S. 146.
u § 152 S. 147.

bedeutet. Das Wort „soll“ in der Phrase „die Person, welcher zugestellt werden soll“ ist keineswegs gleich „muß“, es drückt nicht die Absicht des Gesetzgebers aus, sondern die des die Zustellung Veranlassenden (Gerichts, Rechtsanwalts u. s. w.), will somit nur sagen: Die Person, an welche das Gericht, die Partei 2c. das zuzustellende Schriftstück abgegeben haben will. Aber selbst wenn dies nicht richtig wäre, selbst wenn das Wort „soll“ in dem gedachten Ausdrucke im Sinne des Gesetzgebers gebraucht wäre, so folgte daraus doch noch nicht, daß es gleich „muß“ ist, denn „soll“ ist nach der ganzen Sprachweise der Reichsjustizgesetze nirgends imperativ, sondern stets nur instruktionell (vgl. z. B. §§ 33 u. 34 G.V.G., § 480 Abs. 2, § 484 Abs. 2, § 516 Abs. 2, § 519 Abs. 2 C.P.O., §§ 137 u. 166 K.O.); wo die Reichsjustizgesetze etwas mit zwingender Nothwendigkeit anordnen, gebrauchen sie stets das Wort „müssen“ (vgl. z. B. § 2 Abs. 2 u. 3, § 17 Nr. 2, § 175 Abs. 2 G.V.G., §§ 74, 440, 479 Abs. 2 C.P.O., § 355 Abs. 1, § 381 Abs. 1 St.P.O., §§ 78, 161 u. 168 K.O.), oder den Ausdruck „ist 2c.“, „hat 2c.“ (vgl. z. B. §§ 4 u. 5 GVG., §§ 295, 314, 484 Abs. 1, § 519 Abs. 1 C.P.O., § 45 Abs. 2, §§ 56, 58, 59, 60 St.P.O., §§ 50, 73, 81, 94 Abs. 2, 100 u. 103 K.O.), oder die bloße Indikativform des betreffenden Zeitworts (vgl. z. B. §§ 1, 2, 174, 175 Abs. 1 G.V.G., § 479 Abs. 1, §§ 481, 515 C.P.O., §§ 33, 87, 237 St.P.O., §§ 45, 149, 151 K.O.).

Legt man ein übermäßiges Gewicht auf das Wort „soll“, so ist der Generalbevollmächtigte, bzw. Prokurist nicht der eigentliche und regelmäßige Zustellungsempfänger; denn nach § 159 *soll*, d. h. muß nicht an ihn zugestellt werden, sondern es *kann* dies bloß geschehen, ebenso wie aber auch an den Vollmachtgeber selbst zugestellt werden kann. Eine Person, welcher zugestellt werden *soll* in diesem Sinne, d. h. welche *allein* zur Empfangnahme der Zustellungen berechtigt wäre, kennt somit der § 159 nicht; auch der Vollmachtgeber ist nicht die Person, welcher zugestellt werden *soll*, d. h. muß. Schon hieraus ergiebt sich, daß eine allzustarke Betonung des Wortes „soll“ nicht richtig ist. Man muß, je nachdem man auf das Wort „soll“ zuviel Gewicht legt, oder nicht, zu dem Resultate kommen, entweder, daß der § 159 gar keinen Zustellungsempfänger, oder daß er zwei solcher kennt. Erstere Möglichkeit ist nicht denkbar, es bleibt somit nur die zweite übrig; die Worte „die Person, welcher zugestellt werden soll“ dürfen nicht zu eng interpretirt werden.

Für die erstgedachte Interpretation des Wortes „soll“ spricht

auch der Inhalt des § 159 selbst, welcher die Zustellung an jene Repräsentanten in Uebereinstimmung mit dem hannöverschen (§ 160) und hessischen (Art. 227) Entwurfe, dagegen abweichend von dem norddeutschen[19]) „die gleiche Wirkung" beilegt, wie einer an die Partei selbst erfolgten.

Was besagen aber die Worte „die gleiche Wirkung"? Jedenfalls soll dies, wie schon Pfizer[20]) nachgewiesen hat, nicht bloß heißen, daß, wenn dem Generalbevollmächtigten, bezw. in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten dem Prokuristen zugestellt worden ist, dies so anzusehen ist, als wenn der Partei zugestellt worden wäre; denn dies ist auch der Fall bei den für einen Unteroffizier oder Gemeinen des aktiven Heeres oder der aktiven Marine an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde erfolgten Zustellungen und ebenso bei den Ersatzzustellungen gemäß §§ 166 und 168, mit welchen Zustellungen die Zustellung an den Generalbevollmächtigten, bezw. Prokuristen nicht auf eine Linie zu stellen ist. Auch wollen die Worte „die gleiche Wirkung" wohl nicht nur das besagen, daß der Zustellungsbeamte die Wahl hat, ob er der Partei selbst, oder dem Generalbevollmächtigten, bezw. Prokuristen zustellen will. Ihr Sinn ist vielmehr der, daß der Generalbevollmächtigte, bezw. Prokurist zur Vertretung des Vollmachtgebers legitimirt und selbst dazu verpflichtet ist, wie ja auch die Motive — S. 146 — auf die Aehnlichkeit zwischen dem Generalbevollmächtigten und Prokuristen einerseits und dem gesetzlichen Vertreter andererseits hinweisen und bemerken, daß es einer besonderen Bevollmächtigung des Generalmandatars und des Prokuristen sogar zur Prozeßführung nicht bedarf, daß ihnen vielmehr generell, bezw. in den das Handelsgewerbe betreffenden Angelegenheiten durch das Gesetz das Recht zur Prozeßführung gegeben ist. „Nach ihrer ganzen Stellung, in der sie die vermögens- resp. handelsrechtliche Persönlichkeit des dominus — gewissermaßen als sein alter ego — repräsentiren und nach dem ihnen durch Ertheilung des Generalmandats oder der Prokura geschenkten eminenten Vertrauen ist ein vorgängiger Verkehr zwischen ihnen nnd ihrem Auftraggeber selbst bei wichtigen Geschäften nicht als nothwendig zu unterstellen und es daher wohl gerechtfertigt, sie zum Empfang aller

[19]) Vgl. Protokolle I S. 352 ff.

[20]) „Der Generalbevollmächtigte im Civilprozeß" in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Rechts Bd. 27 S. 221.

Zustellungen, auch der Klage, ebenso für berechtigt und verpflichtet zu erachten, wie die Partei selbst."[21]) Daher wird der Generalbevollmächtigte und der Prokurist, dem eine Klage zugestellt worden ist, wenn er im Prozesse weiter handelt, formell ebenso Beklagter, wie der Vormund des Minderjährigen oder der Konkursverwalter. Alle diese werden, freilich nur formell, Partei, d. h. diejenige Person, Personenmehrheit, oder Vermögensmasse, welche „als solche" in eigenem Namen klagen und verklagt werden kann, nicht aber werden die genannten Personen materielle Prozeßpartei, d. h. Prozeßsubjekt (dominus litis), Subjekt des Prozeßrechtsverhältnisses, der Art, daß der Prozeß ihr Prozeß, die Klage ihre Klage, die Verurtheilung ihre Verurtheilung ist, daß sie das Subjekt sind, in dessen Namen und auf dessen Rechnung der Rechtsstreit geführt, in dessen Interesse der Rechtsschutz verlangt wird.[22]) Dies gilt nicht nur für den Fall, daß die Klage formell gegen den Generalbevollmächtigten, bezw. Prokuristen gerichtet, er also der Adressat des zuzustellenden Schriftstückes ist, sondern auch, wenn die Klage gegen den Mandanten gerichtet ist, dem Generalbevollmächtigten, bezw. Prokuristen aber im Auftrage des Klägers — mag dieser Auftrag ein ausdrücklicher oder ein nur vermutheter sein — zugestellt wird.

Aber nicht nur das Recht, Zustellungen in Empfang zu nehmen, hat der Generalbevollmächtigte, bezw. Prokurist, sondern sogar die Pflicht. Er muß eine ordnungsmäßig an ihn erfolgte Zustellung annehmen; dritte Personen haben das Recht, ihm gegen seinen Willen zustellen zu lassen; eine Ablehnungsbefugniß des Generalbevollmächtigten, bezw. Prokuristen ist nach dem bestimmten Wortlaute des Gesetzes („erfolgt — mit gleicher Wirkung") ausgeschlossen, während eine solche Verpflichtung der fakultativen Vertreter nach dem früheren Rechte fehlte.[23]) Denn, wenn auch ein General- oder Spezialbevollmächtigter vorhanden ist, so hat doch an sich ein Dritter noch nicht das Recht, sich auf die demselben ertheilte Vollmacht zu berufen, solange nicht der Bevollmächtigte ihm gegenüber als solcher auftreten will. Daß dies in unserem Falle doch möglich ist, beruht auf der positiven Bestimmung des § 159,

---

[21]) Motive S. 146.

[22]) Wach, Handbuch der C.P.O., Bd. 1 S. 518 ff.

[23]) Vgl. R.G.Entsch. in Civilsachen Bd. 1 S. 295 ff. u. Struckmann u. Koch, a. a. O., zu § 159 Anm. 1 S. 164.

welche sich, wie Seuffert[24]) richtig bemerkt „aus dem Umfange und der regelmäßig auch bei der Generalvollmacht vorhandenen Publizität der Vertretungsbefugniß" rechtfertigt.

Auch der Generalbevollmächtigte, bezw. Prokurist ist somit ebenso wie der gesetzliche Vertreter „die Person, welcher zugestellt werden soll."

2. Ist nun, wie ich im Vorstehenden nachgewiesen zu haben glaube, der gesetzliche Vertreter und der Generalbevollmächtigte, bezw. Prokurist „die Person, welcher zugestellt werden soll", so kann bei dem klaren Wortlaute des Gesetzes:

„wird die Person, welcher zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen 2c." (§ 166),

es keinem Zweifel unterliegen, daß statt der Zustellung an diese auch eine Ersatzzustellung nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 166—170 stattfinden darf. Denn die §§ 166 ff. sprechen ganz allgemein und ausnahmslos von der „Person, welcher zugestellt werden soll", sie betreffen somit außer den Personen, welche wirkliche Partei sind, auch noch und zwar vorzugsweise diejenigen Personen, welche in den §§ 157—159 als die wahren, gesetzlich gebotenen Zustellungsempfänger für die nicht prozeßfähigen oder unselbständigen oder juristischen Personen benannt werden, sowie auch den Generalbevollmächtigten und Prokuristen, ohne daß irgend eine Unterscheidung gemacht wäre oder bestimmte Grenzen gezogen wären, durch welche die Anwendbarkeit der gedachten Anordnungen irgendwie beschränkt würde.[25])

Wie für die gedachten Personen, so ist auch zufolge des bestimmten Wortlauts des § 166 weiter für die Zustellungs- und Prozeßbevollmächtigten (§§ 160—164), da ja auch sie „die Person, welcher zugestellt werden soll" sind, eine Ersatzzustellung möglich, die sich ebensowenig wie die Ersatzzustellung für den Generalbevollmächtigten, bezw. Prokuristen aus dem Vollmachtsverhältniß, sondern nur aus den positiven Bestimmungen der C.P.O. erklären läßt.

Folgt somit die Zulässigkeit der Ersatzzustellungen in den Fällen des § 157 Abs. 1, §§ 158 und 159 schon aus dem Wortlaute des Gesetzes, so spricht hierfür, was die Ersatzzustellungen für den Generalbevollmächtigten bezw. Prokuristen betrifft, auch die ratio legis. Die Absicht der C.P.O. geht ganz allgemein dahin, die Zustellungen bei

---

[24]) a. a. O. zu § 159 Anm. 2 S. 192.

[25]) Vgl. Walter a. a. O. S. 97; Hellmann a. a. O. Bd. 1 zu § 165 S. 494.

möglichster Garantie für richtigen Vollzug zu erleichtern und in jedem Falle möglich zu machen. Aus diesem Zweckmäßigkeitsgrunde wurde das Institut der Ersatzzustellungen geschaffen.[26]) Derselbe Grund war, wie für die Aufnahme der Vorschrift des § 159 Abs. 3, so namentlich auch für die Zulassung der Zustellung an den Generalbevollmächtigten, bezw. Prokuristen maßgebend. Wie die Motive — S. 146 ff. — bemerken, würde es „den unabweisbaren Verkehrsbedürfnissen wenig entsprechen, wenn für eine vielleicht in sehr entfernten Gegenden wohnende Person, die für ihr im Inlande belegenes Vermögen oder Handelsgewerbe einen Generalbevollmächtigten oder Prokuristen bestellt hat, Zustellungen gleichwohl nicht an den letzteren, sondern an die entfernte Partei selbst erfolgen müßten." Zu einem eben solchen, den Intentionen des Gesetzes widersprechenden, die Zustellungen höchst erschwerenden Resultate würde man aber auch kommen, wenn man eine Ersatzzustellung für den Fall, daß der Generalbevollmächtigte, bezw. Prokurist nicht angetroffen wird, für ausgeschlossen erachtete. Es müßte dann der Zustellungsbeamte, falls der Vollmachtgeber weit entfernt wohnt, eine Zustellung an ihn also mit großen Schwierigkeiten und vielem Zeitverluste verbunden ist, so oft dem Generalbevollmächtigten, bezw. Prokuristen zuzustellen versuchen, bis es ihm endlich gelänge, ihn anzutreffen, wodurch unter Umständen, falls sich z. B. der Generalbevollmächtigte, bezw. Prokuristen auf Reisen befände, die Zustellung ungebührlich in die Länge gezogen würde, ohne daß dadurch dem Interesse der Partei, welcher zugestellt werden soll, stets gedient wäre, ja indem im Gegentheil sie dadurch möglicherweise geschädigt würde.

Was den Fall des § 157 Abs. 1 angeht, so mag zum Schlusse hier noch das hervorgehoben werden, daß doch gar kein Grund ersichtlich ist, warum der gesetzliche Vertreter einer nicht prozeßfähigen Person (in dem oben angegebenen Sinne, daß nämlich die in Abs. 2 des § 157 besonders hervorgehobenen juristischen Personen nicht mit inbegriffen sind) anders behandelt werden sollte, wie der Vorsteher einer Gemeinde, Behörde &c., für welchen ja in § 169 die Ersatzzustellung doch ausdrücklich angeordnet ist.

Für die Zulässigkeit von Ersatzzustellungen für den gesetzlichen Vertreter, wie für den Generalbevollmächtigten, bezw. Prokuristen spricht endlich auch noch der Umstand, daß die Motive — S. 148

---

26) Vgl. auch R.G.Entsch. in Civilsachen Bd. 10 S. 360.



u. 149 — diese in den §§ 157—159 erwähnten Personen für mit der Partei selbst identisch erklären. Sind sie aber mit der Partei identisch, weshalb sollte dann eine Ersatzzustellung für sie ausgeschlossen sein?

IV.

Die Zustellungen an den gesetzlichen Vertreter, unter welchem Ausdrucke ich im Folgenden stets nur denjenigen aus § 157 Abs. 1 verstehe, und an den Generalbevollmächtigten, bezw. Prokuristen werden sich demnach folgendermaßen gestalten: (Die Zustellungen an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde mögen hier, da bereits oben behandelt, unerörtert bleiben):

Trifft der Zustellungsbeamte — Gerichtsvollzieher oder Postbote — den gesetzlichen Vertreter, den Generalbevollmächtigten, bezw. Prokuristen an einem Orte an, wo derselbe keine Wohnung und kein Geschäftslokal hat, so kann er ihm, natürlich die Angemessenheit des Ortes und der Gelegenheit vorausgesetzt, daselbst zustellen, und der gesetzliche Vertreter, der Generalbevollmächtigte, bezw. Prokurist darf die Annahme der Zustellung nicht verweigern (§ 165 Abs. 1). Hat jedoch eine der genannten Personen an diesem Orte eine Wohnung oder ein Geschäftslokal, so darf ihr gemäß § 165 Abs. 2 außerhalb dieser Räumlichkeiten nur dann zugestellt werden, wenn sie die Annahme nicht verweigert. Innerhalb der Wohnung, wie innerhalb des Geschäftslokals sind die genannten Personen jedoch selbstverständlich verpflichtet, eine jede Zustellung zu eigenen Händen anzunehmen und können nicht den Zustellungsbeamten von der Wohnung nach dem Geschäftslokal verweisen, wenngleich derselbe nach den Vorschriften der §§ 27—30 der Geschäftsanweisung bei dem Vorhandensein eines Geschäftslokals neben der Wohnung stets erst die Zustellung in ersterem versuchen soll, was freilich ebenso wie die Bemerkung der Motive zu § 158, daß die Zustellung an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde nur nöthigenfalls in seiner Wohnung erfolgen solle, insofern dem Gesetze widerspricht, als dieses dem Zustellungsbeamten die Wahl zwischen Wohnung und Geschäftslokal läßt. Es sind diese Bestimmungen jedenfalls infolge der Erwägung getroffen worden, daß, wie auch Puchelt[27]) bemerkt, die Gleichstellung der Wohnung und des Geschäftslokals unbillig ist, da ja der Staatsbeamte, der Vorsteher

[27]) a. a. O., Anm. 3 zu §§ 165—171 S. 438 ff.

einer Korporation ꝛc. und selbst der Einzelkaufmann in seiner Privatwohnung nur Privatmann ist und dort mit dienstlichen, bezw. rein geschäftlichen Angelegenheiten nur im Nothfalle belästigt werden soll.

Ist die Zustellung zu eigenen Händen des gesetzlichen Vertreters, des Generalbevollmächtigten, bezw. Prokuristen nicht thunlich, so kann statt derselben eine Ersatzzustellung an einen Familienangehörigen, Dienstboten, den Hauswirth ꝛc. der genannten Personen nach Maßgabe des § 166 und event. eine solche durch Niederlegung und Bekanntmachung derselben gemäß § 167 stattfinden. Sind der gesetzliche Vertreter, der Generalbevollmächtigte, bezw. Prokurist jedoch Gewerbetreibende und haben sie ein Geschäftslokal, welche Möglichkeit ja auch für letzteren zufolge Art. 56 H.G.B. nicht absolut ausgeschlossen ist, so kann, falls das Geschäftslokal ein besonderes, d. h. außerhalb der Wohnung gelegenes ist, eine Ersatzzustellung nur an die darin anwesenden Gewerbegehülfen, nicht auch an Familienangehörige ꝛc. erfolgen; wenn dagegen das Geschäftslokal sich innerhalb der Wohnung des Gewerbetreibenden befindet, so ist eine Ersatzzustellung sowohl an einen in dem Geschäftslokale anwesenden Gewerbegehülfen (§ 168 Abs. 1), als auch an einen zu der Familie gehörigen erwachsenen Hausgenossen oder an eine in der Familie dienende erwachsene Person gemäß § 166 Abs. 1 oder, wenn eine solche Person nicht angetroffen wird, zufolge § 166 Abs. 2 an den in demselben Hause wohnenden Hauswirth oder Vermiether möglich, wenn diese letzteren zur Annahme des Schriftstückes bereit sind[28]). Ist eine Ersatzzustellung nach § 168 nicht ausführbar, so muß erst Zustellung nach § 165 und event. § 166 in der Wohnung versucht werden, bevor aus § 167 zugestellt werden darf.

Daß statt an den Generalbevollmächtigten, bzw. Prokuristen die Zustellung natürlich auch an den Vollmachtgeber selbst, sowie an dessen Ersatzpersonen statthaben kann und wohl auch meist zunächst an diese Personen versucht werden wird, bedarf bei der oben erörterten besonderen Stellung derselben wohl keiner ausdrücklichen Erwähnung.

Bei einer ohne gesetzlichen Grund verweigerten Annahme der Zustellung, sei es durch den Requisiten selbst, sei es durch einen Vertreter oder durch einen Ersatzmann, ist das zuzustellende Schriftstück gemäß § 170 am Orte der Zustellung zurückzulassen.

---

[28]) Vgl. R.G.Entscheid. in Civilsachen Bd. 10 S. 360 und Seuffert, a. a. O. zu § 168 Anm. 2 S. 201.

11.

rundsätzen der Reichs-Civilprozeßordnung em Theilurtheil über die Verbindlichkeit Prozeßkosten für den durch dasselbe entheil des Rechtsstreits zu erkennen?

rrn Senats-Präsidenten Wex in Stettin.

---

48 ff. des Jahrgangs 1887 dieser „Beiträge“ g den, wenn auch nicht ausgesprochenen, doch ck verfolgt, eine dem Geiste der Reichs-Civilchende Anwendung ihrer Vorschriften in deren abung zu sichern und zu fördern, so ist auch erung einem gleichen Zwecke zu dienen bestimmt. Besprechung der oben aufgeworfenen Frage nig bedeutsamen Gegenstande gewidmet sein, deshalb auf einen wissenschaftlichen Werth Worts auch keinen Anspruch machen, so ist nständen für die in dem Prozesse interessirten inger Bedeutung, und eine unrichtige praktische fenden Vorschriften ist jene empfindlich zu schä-

ilprozeßordnung nunmehr bereits seit länger tung ist, hat sich eine feste Praxis über die Theilurtheil auch über den Kostenpunkt mitse, bisher nicht gebildet. Viele Gerichte halten g für geboten, vielleicht eben so viele halten st, daß solches nicht nothwendig, mindestens id unterlassen deshalb eine solche, indem sie idung ausdrücklich „dem späteren Endurtheil Kostenpunkt in dem Theilurtheil lediglich mit en.

ren der Civilprozeßordnung, welche ausnahmseine in ihren Augen untergeordnete, nur beih berühren, sind darüber verschiedener Ansicht. ckmann u. Koch (Note 3 zu § 273) sagen, in einem Theilurtheil nicht übergangen werden, eines Vorbehalts bezüglich desselben, v. Wilommentar Note 2 zu § 273) und Petersen 5. 467) einen stillschweigenden Vorbehalt zu-

lassen wollen, halten Andere, wie Siebenhaar (S. 315), Kleiner Bd. 2 S. 148), v. Bülow (in Gruchots Beiträgen Bd. 22 S. 709, 710) und Schepers (das. Bd. 24 S. 759) die Entscheidung des Kostenpunkts in einem Theilurtheil sogar für unzulässig oder doch für unzweckmäßig. Auch Fischer (Lehrb. des Preuß. Privatrechts S. 724) verweist den Kostenpunkt aus dem Theilurtheil in das Schlußurtheil.

Dem gegenüber soll hier der Nachweis zu führen versucht werden, daß nach den Vorschriften und dem Geiste der Civilprozeßordnung in jedem Theilurtheil auch zugleich über die Kostenpflicht nothwendig mit entschieden werden müsse.

I.

Die Verpflichtung zur Tragung der Prozeßkosten ist in den §§ 87—97 der C.P.O. geregelt; die Civilprozeßordnung geht dabei von dem Grundsatze aus, daß der obsiegenden Partei gegenüber der unterliegenden Partei ein Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten durch den Prozeß selbst erwächst, im Verhältniß zum Gegenstand des Prozesses ein Nebenanspruch, welcher sich von anderen Nebenansprüchen dadurch unterscheidet, daß über ihn das Gericht von Amtswegen („ohne Antrag") zu erkennen verpflichtet ist (C.P.O. § 279 Abs. 2).

Wenn nun der § 87 C.P.O. als obersten Grundsatz ausspricht:

„Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen",

so sollte man glauben, daraus müsse ohne Weiteres folgen, daß, wenn der bisher einheitliche Rechtsstreit durch die Erlassung von Theilurtheilen in mehrere Theile zerlegt wird, jede in einem Theilurtheil unterliegende Partei zur Zahlung der Kosten für diesen, durch den Erlaß des Theilurtheils aus dem Prozesse (wenigstens für die Instanz) ausscheidenden Theil des Gesammtanspruchs zu verurtheilen sei. Durch ein solches Theilurtheil wird der bisherige eine Rechtsstreit in mehrere Rechtsstreite zerlegt; jeder „Theil" bildet nunmehr einen besonderen Rechtsstreit, und für jeden dieser besonderen Rechtsstreite sind nunmehr die Vorschriften der §§ 87 ff. der C.P.O. zur Anwendung zu bringen. Daß dies richtig ist, ergiebt sich daraus, daß jedes Theilurtheil ein wahres Endurtheil ist, und eine gegensätzliche Beurtheilung unserer Streitfrage würde vielleicht gar nicht entstanden sein, wenn man sich dieser Bedeutung des Theil-

urtheils stets voll und ganz bewußt geblieben wäre. Der § 273 C.P.O. lautet:

„Ist von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine, oder ist nur ein Theil dieses Anspruchs, oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil (Theilurtheil) zu erlassen."

Dieses Endurtheil kann durch Rechtsmittel angefochten werden, und es geht in Rechtskraft über, falls eine rechtzeitige Anfechtung nicht erfolgt (§§ 472, 507 C.P.O.). Der durch ein solches Theilurtheil erledigte Theil des Rechtsstreits scheidet damit aus dem bisherigen Rechtsstreite, wenigstens für die Instanz, vollständig aus, und für eine nachträgliche Entscheidung über den Kostenpunkt bezüglich der durch ein solches Urtheil erledigten Hauptsache ist — abgesehen von dem im § 292 C.P.O. gedachten Ergänzungsurtheil — überall kein Raum mehr. Das in dem Prozesse später über den in der Instanz anhängig gebliebenen Theil des Rechtsstreits ergehende Urtheil kann eben nur diesen übrig gebliebenen Theil umfassen, ist in demselben Sinne, wie das früher ergangene Urtheil, ein Theilurtheil und unterscheidet sich von jenem in keiner Beziehung. Es ist daher nicht dem Sinne der Prozeßordnung entsprechend und kann nur zu mißverständlichen Auffassungen führen, wenn man das in der Instanz ergehende letzte Urtheil (über den letzten Theil des Rechtsstreits), wie v. Bülow es in der oben erwähnten Abhandlung thut, κατ' ἐξοχήν „das Endurtheil" im Gegensatz zu dem früher ergangenen „Theilurtheil" nennt. Nur so kann man zu der irrigen Annahme gelangen, daß in jenem letzten Urtheil noch über die Kosten bezüglich eines Anspruchs erkannt werden könne, über welchen bereits früher, und vielleicht schon rechtskräftig entschieden, welcher gegenwärtig gar nicht mehr Gegenstand der Entscheidung ist. Will man jenes letzte Urtheil mit anderen Schriftstellern das „Schlußurtheil" nennen, so ist dagegen an sich nichts einzuwenden, nur muß man sich hüten, mit einer derartigen Bezeichnung die Vorstellung zu verbinden, als ob dieses Urtheil eine besondere Bedeutung hätte und sich von den früher ergangenen Endurtheilen unterschiede; das ist in keiner Beziehung der Fall, und es ist deshalb besser, eine besondere Bezeichnung für jenes letzte Urtheil gänzlich zu vermeiden; es ist dafür weder ein Bedürfniß vorhanden, noch giebt das Gesetz keinen Anhalt dafür.

II.

Wenden wir uns nun zu den Folgen der von uns als unrichtig bezeichneten Praxis, in dem Theilurtheil über den Kostenpunkt nicht zu erkennen, so ist zuzugeben, daß dieselben für den Richter erster Instanz sich meistens wenig bemerkbar machen, und nur aus diesem Grunde ist es zu erklären, daß jene Praxis sich so lange Jahre hat erhalten können. Wird das erlassene Theilurtheil durch ein Rechtsmittel nicht angefochten, so kann eine Verwickelung aus jener Unterlassung nicht leicht entstehen; die Sache verläuft glatt, bis das Schlußurtheil die Entscheidung über die Kostenpflicht bezüglich des gesammten Rechtsstreits bringt. — Anders aber liegt die Sache, wenn das Theilurtheil durch Berufung angefochten wird. An den Berufungsrichter gelangt alsdann ein durch die Berufung angefochtenes erstrichterliches Urtheil, in welchem über den Kostenpunkt entweder gar nichts gesagt oder die Entscheidung einem späteren Urtheil vorbehalten ist.

Ist über den Kostenpunkt in dem Theilurtheil gar nichts gesagt, so entsteht für den Berufungsrichter zunächst die Frage, ob lediglich eine Uebergehung des Kostenpunkts vorliegt, oder ob ein stillschweigender Vorbehalt späterer Entscheidung seitens des ersten Richters anzunehmen ist. Würde der Berufungsrichter eine Uebergehung des Kostenpunkts annehmen, so wäre zweierlei denkbar. Entweder hält der Berufungsrichter das Fehlen einer erstrichterlichen Entscheidung über den Kostenpunkt für unwesentlich und erkennt nun seinerseits über die gesammten Kosten des Rechtsstreits — (natürlich nur des Rechtsstreits, soweit er damit befaßt ist, soweit derselbe den Gegenstand des in die Berufungsinstanz gediehenen Theilurtheils bildet — bezüglich dieses Theils aber über die Kosten der ersten und zweiten Instanz) — wozu er sich auf Grund der Vorschrift des § 499 C.P.O. für befugt und berufen hält, oder er ist der Meinung, daß das angefochtene Urtheil gemäß § 292 C.P.O. einer Ergänzung bezüglich des Kostenpunkts bedürfe und eine solche vorab herbeizuführen sei. Beides ist bedenklich. Im ersten Falle liegt, ganz abgesehen davon, daß es immer mißlich ist, in der Berufungsinstanz über etwas zu entscheiden, worüber ein erstinstanzliches Urtheil nicht vorliegt, die Gefahr nahe, daß der erste Richter, sei es, daß er im Augenblick seiner Entscheidung das abändernde Berufungsurtheil noch nicht kennt, sei es, daß er sich auf Grund seines stillschweigenden Vorbehalts dazu berechtigt oder gar verpflichtet hält, auch seinerseits

eine Entscheidung über den Kostenpunkt trifft, so daß nun zwei Entscheidungen von zwei verschiedenen Richtern über dieselben Kosten vorliegen, welche vielleicht untereinander divergiren und welche beide möglicherweise gar nicht angefochten werden können. Im anderen Falle ist es mindestens sehr zweifelhaft, ob der erste Richter zu einer Ergänzung seines Urtheils würde angehalten werden können. Von den Parteien pflegt ein solcher Antrag erfahrungsmäßig niemals gestellt zu werden, ist für diese auch an eine bestimmte Frist gebunden (C.P.O. § 292 Abs. 2); nun muß zwar der Richter sein Urtheil, wenn er den Kostenpunkt übergangen hat, von Amtswegen ergänzen; allein in dem angenommenen Falle würde er sich ohne Zweifel darauf berufen, daß er sich die Entscheidung des Kostenpunkts stillschweigend für die später noch zu fällende Entscheidung vorbehalten habe, und daß er sich dazu für vollkommen berechtigt halte; er würde deshalb den Erlaß eines Ergänzungsurtheils ablehnen, dazu auch schwerlich angehalten werden können. Aus eben diesem Grunde würde auch ein rechtzeitig darauf gerichteter Parteiantrag erfolglos sein. Es ist deshalb unter allen Umständen vorzuziehen, im Falle der Nichterwähnung des Kostenpunkts in dem Theilurtheil einen stillschweigenden Vorbehalt des ersten Richters anzunehmen (wie auch v. Wilmowski u. Levy a. a. O. wollen).

Alsdann, ebenso wie wenn das Urtheil einen ausdrücklichen Vorbehalt enthält, kann weder von einem vorherigen Ergänzungsurtheil durch den ersten Richter, noch von einem Urtheil des Berufungsrichters über die Kosten der ersten Instanz die Rede sein. Der letztere ist in die Nothwendigkeit versetzt, sich bezüglich des Kostenpunkts auf die Kosten der Berufungsinstanz zu beschränken und die Frage, wer die Kosten der ersten Instanz trage, offen zu lassen, weil diese Entscheidung sich der erste Richter vorbehalten hat. Aus diesem letzten Grunde wird der Berufungsrichter auch auf Grund des § 499 C.P.O. sich nicht berechtigt halten können, über die Kosten der ersten Instanz zu entscheiden. Die Entscheidung über diese ist dem Berufungsrichter mithin vollständig entzogen, obwohl er allein der Natur der Sache nach in der Lage ist, dieselbe so zu treffen, wie es den Intentionen entspricht, welche ihn bei der Entscheidung der Hauptsache leiten.

Sehen wir nun, wie sich die Frage bezüglich der Kosten der ersten Instanz weiter gestaltet. Ist bis zum Erlaß des sog. Schlußurtheils gegen das den Kostenpunkt nicht entscheidende Theilurtheil

eine Berufung nicht eingelegt, oder doch ein Berufungsurtheil noch nicht ergangen, so wird der erste Richter den Kostenpunkt so entscheiden, wie er gethan haben würde, wenn er das frühere Urtheil erst jetzt gleichzeitig mit dem letzten Urtheil würde erlassen haben. Es entsteht nun aber die äußerst zweifelhafte Frage, ob dieses letzte Urtheil bezüglich der Entscheidung des Kostenpunkts allein angefochten werden kann. Der § 94 C.P.O. erklärt die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt für unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Die Partei, welche durch die Entscheidung des Kostenpunkts in dem sog. Schlußurtheil benachtheiligt ist, kann vielleicht garnicht in der Lage sein, gegen die in demselben enthaltene Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel einzulegen, weil diese ihr überall günstig ist, und ob sie gegen dasselbe wegen der Entscheidung des Kostenpunkts allein um deswillen, weil sie gegen die Entscheidung der Hauptsache in dem früher erlassenen Theilurtheil ein Rechtsmittel eingelegt hat, gleichfalls ein Rechtsmittel einzulegen befugt ist, bleibt, wie gesagt, mindestens sehr zweifelhaft. Eine milde Praxis wird sich vielleicht für die Bejahung dieser Frage entscheiden, um die durch die unrichtige Behandlung der Sache seitens des Gerichts erster Instanz entstehenden Härten für die Parteien zu beseitigen; doch ist dies keineswegs sicher, und besser ist es jedenfalls, einen solchen Zweifel nicht erst hervorzurufen.

Ist dagegen bei Erlaß des sog. Schlußurtheils auf die gegen das Theilurtheil eingelegte Berufung in der höheren Instanz ein abänderndes Urtheil bereits ergangen, so entsteht für den ersten Richter die Frage, ob er bei seiner nunmehrigen Entscheidung des Kostenpunkts seine eigene frühere Entscheidung in der Hauptsache oder die abändernde des Berufungsrichters zu Grunde legen soll. Der Sachlage angemessen ist natürlich nur das letzte; alsdann entscheidet er den Kostenpunkt (bezüglich jenes Theils des Rechtsstreits) so, wie ihn der Berufungsrichter präsumtiv entschieden haben würde, wenn jener das Urtheil darüber zu fällen gehabt hätte. Es ist klar, daß der Richter sich dabei in einer wenig beneidenswerthen, seiner freien, selbständigen Stellung wenig würdigen Lage befindet. Es kann aber auch sein, — und es ist in der Praxis vorgekommen! — daß der erste Richter der Entscheidung des Kostenpunkts ohne Rücksicht auf die in der Hauptsache abändernde Entscheidung des Berufungsrichters seine eigene frühere sachliche Entscheidung zu Grunde legt, sei es,

daß er prinzipiell der Meinung ist, er müsse seine eigene sachliche Entscheidung jener Entscheidung des Kostenpunkts zu Grunde legen, sei es, weil er seine eigene Entscheidung in der Hauptsache nach wie vor für richtig und die abändernde Entscheidung des Berufungsrichters für unrichtig hält und glaubt, auch bei der Entscheidung des Kostenpunkts eine nach seiner Ansicht unrichtige Entscheidung der Hauptsache nicht zu Grunde legen zu dürfen. Für die Partei erwächst aus einer solchen Entscheidung eine nicht mehr zu heilende Schädigung, denn in diesem Falle ist gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt allein eine Anfechtung durch Einlegung eines Rechtsmittels jedenfalls unzulässig.

Es ist aber weiter auch möglich, daß das den Kostenpunkt entscheidende Schlußurtheil des ersten Richters gleichzeitig mit dem das Theilurtheil abändernden Berufungsurtheile oder doch zu einer Zeit ergeht, wo der erste Richter von dem letzteren keine Kenntniß hat. Alsdann kann die Entscheidung des Kostenpunkts seitens des ersten Richters mit dem von dem Berufungsrichter in der Hauptsache erlassenen Urtheil gar nicht harmoniren, und dann wird, da jene nach § 94 C.P.O. unanfechtbar ist, die obsiegende Partei gegen die klare Vorschrift des § 87 C.P.O. die Kosten tragen müssen, weil es an der Möglichkeit einer Remedur gegen die Entscheidung des ersten Richters fehlt.

Es ist endlich noch der Fall ins Auge zu fassen, daß es gar nicht zu dem sog. Schlußurtheil kommt, wenn wegen des durch das Theilurtheil nicht erledigten Theils des Rechtsstreits beispielsweise der Kläger die Klage zurücknimmt oder den Anspruch fallen läßt, oder die Parteien sich vergleichen oder das Verfahren ruhen lassen (§ 228 C.P.O.). Alsdann wird der in dem Theilurtheil enthaltene Vorbehalt wegen der Entscheidung des Kostenpunkts hinfällig, und es wird dem ersten Richter nichts übrig bleiben, als nunmehr auf Grund des § 292 C.P.O. nachträglich wegen des Kostenpunkts ein Ergänzungsurtheil zu erlassen, wodurch derselbe dann stillschweigend zugesteht, denselben in seinem früheren Urtheil „übergangen“ zu haben.

III.

Dürfte sich aus vorstehenden Erörterungen schon unbedingt die Nothwendigkeit ergeben, in jedem Theilurtheil auch über den Kostenpunkt mit zu erkennen, so soll hier doch auch noch ein praktischer Gesichtspunkt hervorgehoben werden, aus welchem sich jene Noth-

wendigkeit nicht minder direkt ergiebt. Der § 94 des G.K.G. schreibt unter Nr. 1 vor, daß schon vor der Beendigung der Instanz mit Ablauf je eines Jahres seit Bestimmung des ersten Termins oder Stellung des ersten Antrags die bis dahin entstandenen Gebühren und Auslagen fällig werden,[1]) und die §§ 86 und 89 desselben Gesetzes schreiben vor:

§ 86. Schuldner der entstandenen Gebühren und Auslagen ist derjenige, welchem durch gerichtliche Entscheidung die Kosten des Verfahrens aufgelegt sind, oder welcher dieselben übernommen hat.

§ 89. In Ermangelung eines anderen Schuldners (§ 86) ist derjenige, welcher das Verfahren der Instanz beantragt hat, Schuldner der entstandenen Gebühren und Auslagen.

Nehmen wir nun an, das Gericht erster Instanz habe über den größten Theil der Klageforderung ein Theilurtheil zu Gunsten des Klägers erlassen, ohne über den Kostenpunkt mit zu erkennen, über den kleineren Theil der eingeklagten Forderung aber bleibe der Prozeß noch längere Zeit anhängig, so wird die Gerichtsschreiberei am Ende eines jeden Jahres die Gerichtsgebühren, darunter auch die Entscheidungsgebühr für das Theilurtheil, zutreffendenfalls auch die Beweisgebühr und etwaige Auslagen, welche den entschiedenen Theil des Rechtsstreits betreffen, liquidiren und alle diese Kosten von dem Kläger als Schuldner einziehen müssen, obwohl dieser ein obsiegliches Urtheil in Händen hat, welches ihm jenen Theil seiner Forderung zuspricht, in Beziehung auf welchen jene Kosten erwachsen sind. Es ist unmöglich, daß der Gesetzgeber ein solches Ergebniß gewollt hat!

IV.

Fragen wir schließlich nach den Gründen, welche für die entgegengesetzte Ansicht geltend gemacht werden, so ist eigentlich v. Bülow

---

[1]) Es ist zu bedauern, daß diese im fiskalischen Interesse gegebene Vorschrift von den meisten Gerichten regelmäßig außer Acht gelassen wird. Ob wohl die Gerichtsbeamten, denen die Liquidation und Einziehung der Gerichtskosten obliegt, sich der Verantwortlichkeit für diese Unterlassung voll bewußt sind? Es dürfte kaum zweifelhaft sein, daß sie für etwa uneinziehbare Gerichtskosten persönlich haftbar sind, falls festgestellt werden kann, daß dieselben bei gemäß jener Vorschrift rechtzeitig erfolgter Liquidation einziehbar gewesen sein würden.

(in seinem Kommentar Anm. 2 zu § 273 und bei Gruchot Bd. 22 S. 709, 710) der einzige, welcher Gründe dafür angiebt. Er sagt: „Zwar sagt das Gesetz an keiner Stelle ausdrücklich, daß die Regelung des Kostenpunkts dem Endurtheile, mit Ausschluß der Theilurtheile, vorbehalten sein solle; gleichwohl ist das ohne Zweifel richtig. Denn abgesehen davon, daß dem Theilurtheile nur die spruchreifen Ansprüche durch §§ 273 und 274 überwiesen sind und zu den „Ansprüchen" im Sinne dieser Paragraphen nur die aus dem materiellen Klagegrunde resultirenden, nicht aber der sekundäre, lediglich vom Ermessen des Richters abhängige Anspruch auf Ersatz der Prozeßkosten zu begreifen ist, so ist eine den Grundsätzen der §§ 87 ff. entsprechende Vertheilung der Kostenlast erst mit dem Augenblicke möglich, nach welchem eine sachliche Entscheidung über diesen oder jenen Anspruch nicht mehr eintreten kann." „Hiermit stimmt auch der § 292 Abs. 1, welcher voraussetzt, daß der Kostenpunkt bei der Endentscheidung übergangen sei."

Ein hochbegabter Richter that einmal den Ausspruch, wenn Jemand von einem Rechtssatz sage, er sei „ohne Zweifel richtig", so sehe es damit bedenklich aus. Das trifft auch hier zu, denn diese Gründe — wenn man sie überhaupt als Gründe und nicht vielmehr als bloße Behauptungen gelten lassen will — sind nichts weniger als stichhaltig. Denn zunächst ist die Unterscheidung zwischen „Ansprüchen im Sinne der §§ 273 und 274" und anderen Ansprüchen durchaus willkürlich; besondere Ansprüche im Sinne dieser Paragraphen giebt es gar nicht, und daß unter denselben nur die materiellen Rechtsansprüche im Gegensatz zu dem Anspruch auf Ersatz der Prozeßkosten zu verstehen seien, ist eine Behauptung, für welche weder die §§ 273 und 274, noch irgend eine andere Vorschrift der Civilprozeßordnung auch nur den allergeringsten Anhalt geben. Der Hauptgrund v. Bülows (denn von jenem ersten will er ja selbst „absehen") ist aber der: eine den Grundsätzen der §§ 87 ff. C.P.O. entsprechende Vertheilung der Kostenlast sei erst mit dem Augenblicke möglich, nach welchem eine sachliche Entscheidung über diesen oder jenen Anspruch nicht mehr eintreten könne. Dieser Grund ist völlig unfaßlich.[2]) Es ist gar nicht verständlich, warum bei Erlaß eines

[2]) Vielleicht ist derselbe auf den im folgenden Abschnitt dieser Abhandlung ausführlicher zu erörternden Irrthum zurückzuführen; dann hätten jedoch nicht die §§ 87 ff. C.P.O., sondern die Vorschriften des § 12 des G.K.G. als der Vertheilung der Kostenlast entgegenstehend bezeichnet werden sollen.

Theilurtheils nicht zugleich über die diesen Theil des Rechtsstreits betreffenden Kosten soll entschieden werden können, gar nicht erfindlich, welche Grundsätze der §§ 87 ff. dem entgegenstehen sollen. Im Gegentheil sind alle diese Grundsätze auf die Entscheidung des Kostenpunkts in dem Theilurtheil vollständig ebenso anzuwenden, wie in jedem anderen Endurtheil; es sind also namentlich gemäß § 88 C.P.O., wenn in dem Theilurtheil eine Partei theils obsiegt theils unterliegt, die Kosten gegeneinander aufzuheben oder verhältnißmäßig zu theilen; nicht minder ist geeignetenfalls von der Vorschrift des § 89 a. a. O. Gebrauch zu machen u. s. w. Und ebenso ist gar nicht verständlich, welche Bedeutung für die Entscheidung des Kostenpunkts es haben soll, ob noch eine Entscheidung über diesen oder jenen sachlichen Anspruch nachfolgen kann oder nicht, zumal die Entscheidung ja auf keinen Fall unanfechtbar ist. Die Berufung v. Bülows auf den § 292 Abs. 1 endlich wird nur verständlich, wenn man sich erinnert, daß auch er — und er vorzugsweise — zu denjenigen gehört, welche einen Gegensatz zwischen Theilurtheil und Endurtheil statuiren. Zwar nennt v. Bülow das Theilurtheil ein partielles Endurtheil, bringt im weiteren aber beide in einen entschiedenen Gegensatz gegen einander. Er sagt wörtlich: „Endurtheil und Theilurtheil sind vollständig von einander unabhängig; dasjenige Urtheil, welches den gesammten, noch zur Entscheidung übrigen Prozeßstoff entscheidet, ist das Endurtheil, mag auch sein Objekt quantitativ weit geringer sein als das des vorangegangenen Theilurtheils." Es ist schon oben die Unrichtigkeit einer solchen Unterscheidung nachgewiesen. Der § 273 nennt ausdrücklich das Theilurtheil ein Endurtheil und die durch dasselbe getroffene Entscheidung eine Endentscheidung; aus § 292 folgt unmittelbar und mit Nothwendigkeit, daß bei keiner Endentscheidung, also auch nicht bei einer Endentscheidung durch Theilurtheil, der Kostenpunkt übergangen werden dürfe; der § 292 stimmt also nicht mit der Ausführung v. Bülows, sondern sagt das gerade Gegentheil.

Auch v. Wilmowski u. Levy scheinen sich in einem ähnlichen Irrthum zu befinden, wenn sie in Anm. 2 zu § 273 sagen:

„Aus § 292 Abs. 1 folgt nur, daß bei der letzten Endentscheidung über den Kostenpunkt vollständig mit entschieden werden muß."

Der § 292 Abs. 1 sagt von einer letzten Endentscheidung nichts, sondern spricht von dem Uebergehen des Kostenpunkts „bei der Endentscheidung", ohne zu unterscheiden zwischen einer End-

entscheidung durch Theilurtheil und einer anderen („letzten") Endentscheidung.

V.

Steht die Nothwendigkeit, in dem Theilurtheil zugleich eine Entscheidung über die Kostenpflicht bezüglich dieses Theils des Rechtsstreits zu treffen, fest, so werden sich auch etwaige Schwierigkeiten in der praktischen Ausführung überwinden lassen. Bequemlichkeits-Rücksichten solchen Schwierigkeiten gegenüber können und dürfen niemals einen Grund abgeben, als nothwendig Erkanntes zu unterlassen. Diese vermeintlichen Schwierigkeiten sind aber der eigentliche wahre Grund, auf welchem die von uns als unrichtig bezeichnete Praxis so vieler Gerichte beruht. Man meint, es lasse sich erst bei Beendigung der Instanz, bei Fällung des sog. Schlußurtheils vollkommen übersehen, wie viel Kosten überhaupt zu liquidiren sind, welche davon der einen oder der anderen Partei zur Last zu legen sind und in welchem Verhältniß demnach zu den gesammten Prozeßkosten beizutragen die Parteien für verpflichtet zu erklären sind. So richtig wenigstens die erste und letzte dieser drei Behauptungen sind, so wenig sind dieselben geeignet, die Ansicht, daß die Entscheidung des Kostenpunkts von dem Theilurtheil auszuschließen sei, zu rechtfertigen. Die ganze Schlußfolgerung ist nach der Ansicht des Verfassers vielmehr auf einen Irrthum zurückzuführen, nämlich auf den anscheinend allerdings allgemein verbreiteten Irrthum, es müsse in dem Theilurtheil, wenn darin über die Kostenpflicht erkannt werde, auch zugleich über einen bestimmten Antheil an den Gesammtkosten der Instanz erkannt werden. Es ist aber nach Ansicht des Verfassers in dem Theilurtheil nicht darüber:

welchen Antheil an den gesammten Prozeßkosten des Rechtsstreits die in dem Theilurtheil unterliegende Partei zu tragen habe,

sondern darüber Entscheidung zu treffen:

welche Partei die sämmtlichen Kosten, welche auf den durch das Theilurtheil entschiedenen Theil des Rechtsstreits entfallen, zu tragen habe?

Der Unterschied liegt auf der Hand.

Die hier aufgestellte Ansicht, welche alle obengedachten Schwierigkeiten der praktischen Ausführung prinzipiell vermeidet, dürfte neu sein, wenigstens hat sie der Verfasser noch nirgends angetroffen, und es soll dieselbe deshalb, obwohl sie sich wegen ihrer außerordentlichen Einfachheit von selbst empfehlen dürfte, hier noch näher zu begründen

versucht werden. — Das richterliche Urtheil hat, wenn die Civilprozeßordnung das auch nirgends ausdrücklich ausspricht, den Zweck, über streitige Ansprüche der Parteien gegeneinander Entscheidung zu treffen. Ueber die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, welche einen durch den Prozeß selbst entstehenden Nebenanspruch der Partei bildet, hat nach § 279 C.P.O. das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen. Bei dem Theilurtheil besteht der Streit der Parteien nun wohl darin, wer die Prozeßkosten für diesen Theil des Streits zu tragen habe, nicht aber darin, in welchem Verhältniß die diesen Theil des Rechtsstreits betreffenden Kosten zu den Gesammtkosten des ganzen Rechtsstreits stehen. Der erkennende Richter ist demnach auch gar nicht in der rechtlichen Lage, eine Entscheidung über jenes Verhältniß zu treffen. Die Kostenpflicht als solche ist es, über welche der Richter nach § 279 a. a. O. von Amtswegen erkennen muß.

VI.

Es erübrigt noch, nachzuweisen, daß bei der vorbezeichneten Art der Entscheidung über die Kostenpflicht die Liquidation und Erhebung der Gebühren und Auslagen möglich ist und nicht etwa auf Unzuträglichkeiten oder gar unüberwindliche Schwierigkeiten stößt. In dieser Beziehung muß hier zunächst prinzipiell der schon oben erwähnten Behauptung entgegen getreten werden, es lasse sich erst nach Beendigung der Instanz übersehen, wem die zu liquidirenden Kosten zur Last zu legen seien. Um jene Behauptung zu widerlegen, wollen wir auf die wirklich vorhandenen praktischen Schwierigkeiten, — welche jedoch, wir wiederholen es, nicht in der Entscheidung über die Kostenpflicht in dem Theilurtheil, welche vielmehr in den Vorschriften des Gerichtskostengesetzes ihren Grund haben, — näher eingehen.

Der Grundgedanke des Gesetzgebers in Bezug auf die Kostenpflicht ist einfach:

Soweit eine Partei im Prozesse unterliegt, soweit hat sie (von bestimmten Ausnahmefällen abgesehen) die Prozeßkosten zu tragen.

Diesem Grundgedanken entspricht der § 12 des G.K.G., wenn er im Abs. 1 verordnet:

„Für Akte, welche einen Theil des Streitgegenstandes betreffen, sind die Gebühren nur nach dem Werthe dieses Theils zu berechnen."

Der Abs. 2 desselben Paragraphen bestimmt nun weiter:

„Sind von einzelnen Werthstheilen in derselben Instanz für gleiche Akte Gebühren zu berechnen, so darf nicht mehr erhoben werden,

als wenn die Gebühr von dem Gesammtbetrage der Werthstheile zu berechnen wäre; treten für die Akte verschiedene Gebührensätze ein, so ist der höchste Satz maßgebend."

Auf den ersten Blick könnte diese letzte Vorschrift allerdings geeignet scheinen, zu der Annahme zu verleiten, die Berechnung der Prozeßkosten könne überhaupt nicht früher erfolgen, als bis die Instanz gänzlich beendet sei. Daß dies jedoch nicht die Meinung jener Vorschrift ist, ergiebt sich unzweideutig aus der schon oben angezogenen Bestimmung des § 94 Nr. 1 desselben Gesetzes, daß die Kosten mit Ablauf eines jeden Jahres eingezogen werden sollen. Die Schwierigkeit wird nun aber vornämlich darin gefunden, daß zur Zeit der Fällung des Theilurtheils noch nicht feststeht, ob in der Folge bezüglich des noch nicht entschiedenen Theils des Rechtsstreits noch „gleiche Akte" vorkommen werden oder nicht. Insbesondere ist diese Ungewißheit jedenfalls bezüglich der Entscheidungsgebühr vorhanden; es steht noch nicht fest, ob es bezüglich des übrigbleibenden Theils des Rechtsstreits späterhin zu einer Endentscheidung (dem sog. Schlußurtheil) kommen wird oder nicht. Kommt es zu einem solchen späteren Urtheil, so darf wegen der obigen Vorschrift des § 12 für die mehreren Entscheidungen nicht mehr erhoben werden, als wenn die Gebühr von dem Gesammtbetrage der Werthstheile zu berechnen wäre, d. h. als wenn der ganze Rechtsstreit durch ein einziges Endurtheil entschieden worden wäre. Nun leuchtet ein, daß diese Vorschrift allerdings erhebliche Schwierigkeiten verursachen würde, wenn es nothwendig wäre, in dem Theilurtheil der einen oder anderen Partei *eine bestimmte Quote der gesammten Kosten des Rechtsstreits* aufzulegen, und daß vom Gesetz nicht gewollte Härten und Unbilligkeiten kaum zu vermeiden sein würden. Eben weil noch nicht zu übersehen ist, ob und in welchem Umfange es im weiteren Verlauf des Prozesses zu einer Beweisaufnahme kommen wird, ob noch baare Auslagen entstehen werden, ob der übrige Theil des Rechtsstreits durch Anerkenntniß, Entsagung, Vergleich, Urtheil oder wie sonst seine Beendigung finden wird, ist zur Zeit der Fällung des Theilurtheils die Verurtheilung einer Partei zur Tragung einer *Quote* der gesammten Prozeßkosten nicht wohl thunlich. Zwar müßte auch diese Schwierigkeit in der einen oder anderen Weise sich überwinden lassen, da ein Uebergehen des Kostenpunkts im Theilurtheil, wie wir nachgewiesen zu haben glauben, durchaus unzulässig ist; es ist jedoch nicht erforderlich, darauf näher einzugehen, da jene Schwierigkeiten überhaupt

nicht entstehen, wenn in dem Theilurtheil über die Kostenpflicht so entschieden wird, wie es oben als das allein richtige bezeichnet ist.

Die Frage, in welchem Betrage die Gebühren für das Theilurtheil liquidirt und erhoben werden sollen, besteht allerdings. Allein diese Frage, falls sie schwierig zu lösen wäre, würde dadurch, daß das Theilurtheil keine Bestimmung über den Kostenpunkt enthielte, gar nicht vermieden werden; sie tritt vielmehr auch in solchem Falle ein, wenn und weil die Gebühren mit Ablauf des Jahres berechnet und eingezogen werden müssen; denn der Gerichtskasse ist das Recht auf die Entscheidungsgebühr durch die Thatsache, daß eine Entscheidung gefällt ist, erwachsen, mag letztere eine Bestimmung über die Kostenpflicht enthalten oder nicht. Es erscheint nun aber selbstverständlich, daß die Entscheidungsgebühr zunächst nur nach dem Werthe des Gegenstandes, über welchen durch das Theilurtheil entschieden ist, berechnet werden kann und muß; erfolgt späterhin eine weitere Endentscheidung und ist nunmehr von der Vorschrift des § 12 Abs. 2 des G.K.G. Anwendung zu machen, so ist die frühere Kostenrechnung demgemäß zu berichtigen, oder richtiger ausgedrückt, so erwächst daraus der einen Prozeßpartei gegen die andere ein Anspruch auf Ersatz des entsprechenden Betrags der von ihr bereits bezahlten Prozeßkosten.

Aehnlich verhält es sich mit der Beweisgebühr, bei welcher zu berücksichtigen ist, welchen und einen wie hohen Theil des Rechtsstreits sie betrifft, und unter Umständen auch mit der Verhandlungsgebühr und mit den Auslagen.

Hiernach wird in der Regel allerdings bei Beendigung der Instanz eine Berichtigung der Liquidation zu bewirken und der einen Partei die Erstattung der von der anderen Partei etwa zu viel eingezogenen Kosten aufzugeben seien. An der Nothwendigkeit dieser letzteren Maßregel wird der Praktiker keinen Anstoß nehmen. Sie kommt in jedem Prozesse vor, in welchem nicht der Kläger mit allen seinen Klageansprüchen kostenpflichtig abgewiesen wird.

VII.

Was nun endlich die Gebühren-Liquidation selbst betrifft, falls nach unserem Vorschlage das Theilurtheil nur die Kostenpflicht bezüglich des entschiedenen Theils des Rechtsstreits regelt, so bleibt damit freilich die Ermittlung der Quoten, in welchen die von den Parteien gemeinschaftlich zu tragenden Kosten unter dieselben zu ver-

theilen sind, dem Gerichtsschreiber überlassen; diesem wird dadurch jedoch durchaus nichts Ungebührliches zugemuthet; es entspricht das im Gegentheil vollkommen der vielfach selbständigen Thätigkeit, welche derselbe nach den Grundsätzen der Civilprozeßordnung im Prozeßbetriebe zu entwickeln hat. — Wählen wir als Beispiel einen Prozeß über 9000 M. und nehmen wir an, es seien dem Kläger nach vorgängiger Beweisaufnahme über ein Objekt von 3000 M. durch Theilurtheil 6000 M. unter Verurtheilung des Beklagten in die Prozeßkosten für den durch das Theilurtheil entschiedenen Theil des Prozesses zugesprochen, — und es würde später der Kläger mit seiner weiteren Forderung von 3000 M., nachdem über dieses ganze Objekt noch eine Beweisaufnahme stattgefunden, kostenpflichtig abgewiesen, so würde sich, von etwaigen Auslagen abgesehen, die Gebühren-Liquidation folgendermaßen gestalten:

Zunächst, nach Erlaß des Theilurtheils, würden zu liquidiren sein:

1. Verhandlungsgebühr (unter der Voraussetzung, daß sich die mündliche Verhandlung über das gesammte Prozeßobjekt, also über 9000 M. erstreckt hat)		90 M.
hiervon à Conto des mit 6000 M. durch Theilurtheil unterliegenden Beklagten $^2/_3$ mit . .	60 M.	
und à Conto des Klägers (auf Grund des § 89 des G.K.G., zunächst vorläufig) $^1/_3$ mit . .	30 „	
	90 M.	
2. Beweisgebühr, Objekt 3000 M., à Conto des Beklagten		56 „
3. Entscheidungsgebühr, Objekt 6000 M., à Conto des Beklagten		74 „
		220 M.

Hiervon sind von dem Beklagten einzuziehen 60 + 56 + 74 = 190 M.

Nachdem sodann das weitere Theilurtheil (das sog. Schlußurtheil) ergangen, wird folgende weitere Gebühren-Liquidation aufzunehmen sein:

1. Verhandlungsgebühr — ist bereits früher liquidirt; auch bleibt es der jetzigen Entscheidung gemäß bei deren früherer Vertheilung unter die Parteien zu $^1/_3$ und $^2/_3$, — also nichts.

2. Beweisgebühr (Objekt 3000 + 3000 = 6000 M.) 74 M.
Es sind an Beweisgebühr bereits früher liquidirt 56 „
mithin kommen jetzt noch, und zwar à Conto des
Klägers zum Ansatz . . . . 18 M.

Die gesammte Beweisgebühr ist von den Parteien mit je $1/2$ zu tragen, von jedem also mit 37 M.
da Beklagter aber bereits bezahlt hat . . . . 56 „
mithin zu viel . . . . 19 M.
so hat Kläger dem Beklagten diese 19 M. zu erstatten.

3. Entscheidungsgebühr (Objekt 6000 + 3000 = 9000 M.) . . . . 90 M.
Es sind an Entscheidungsgebühr bereits früher liquidirt . . . . 74 „
mithin kommen jetzt noch zum Ansatz . . . . 16 „
und zwar à Conto des Klägers. — Da aber von der ganzen Entscheidungsgebühr nach dem richtigen Verhältniß (3000 M. zu 6000 M.) Kläger $1/3$ mit 30 M.
und Beklagter $2/3$ mit . . . . 60 „
90 M.
zu tragen hat, so hat der Beklagte, von dem früher 74 „
eingezogen sind, zu viel bezahlt (74—60 M.) . 14 „
und diese 14 M. hat Kläger dem Beklagten zu erstatten.

Demzufolge sind von dem Kläger noch einzuziehen . . . . 34 M.
und weiter ist demselben aufzugeben, an den Beklagten zu erstatten an Beweisgebühr . . . . . 19 M.
und an Entscheidungsgebühr . . . . 14 „
zusammen 33 M.

Nun ist es allerdings möglich, daß das Quotenverhältniß, in welchem die Parteien zu den einzelnen Gebührensätzen beizutragen haben, nicht so klar erkennbar ist, als in dem hier angenommenen Beispiele. Es kann sein, daß der Werth des gesammten Prozeßobjekts oder der Werth des durch das Theilurtheil entschiedenen Theils desselben oder das Verhältniß des letzteren zum ersteren entweder überhaupt nicht in bestimmten Zahlen und Summen angegeben oder wenigstens dem Gerichtsschreiber nicht erkennbar ist. Indessen für alle diese Fälle ist niemals das Urtheil bestimmt, die Entscheidung

zu geben, vielmehr hat die erforderliche Festsetzung in Gemäßheit der Vorschrift des § 16 des G.K.G. durch Beschluß des Prozeßgerichts zu erfolgen. Daß nach der allegirten Vorschrift diese Festsetzung nicht unabänderlich ist, wie es eine Festsetzung durch richterliches Endurtheil sein würde, darin liegt eine nicht zu unterschätzende Bürgschaft gegen die mögliche Schädigung der einen oder anderen Prozeßpartei; denn das oben gewonnene Resultat, nach welchem in dem gewählten einfachen Beispiel zu den gesammten, 254 M. betragenden Gerichtsgebühren der Instanz der Kläger 97 M. und der Beklagte 157 M. beizutragen hat, ergiebt, daß, sobald durch Theilurtheil das Prozeßobjekt in mehrere Theile zerlegt wird, der erkennende Richter das richtige Quotenverhältniß, in welchem die Parteien zu den gesammten Kosten der Instanz beizutragen haben, zu bestimmen, kaum jemals in der Lage ist. Nicht einmal die Aufstellung der vollständigen Kostenliquidation und die Vertheilung der einzelnen Gebührenansätze und der Auslagen auf die Parteien, wie solche ihnen zur Last fallen müssen, würde genügen, um mit einiger Sicherheit die Quoten festzusetzen, in welchen die Parteien zu den gesammten Prozeßkosten beizutragen haben. Es müßten vielmehr auch die Gebühren-Liquidationen der beiderseitigen Rechtsanwälte vollständig vorliegen und deren Vertheilung vorgenommen werden, um zu einem richtigen Resultat zu gelangen; denn auch auf die Gebührensätze der Rechtsanwälte findet nach § 10 der Gebühren-Ordnung für Rechtsanwälte (R.G.Bl. S. 176) die oben gedachte Vorschrift des § 12 des G.K.G. Anwendung.

12.

Ueber die rechtlichen Grundsätze von der Litigiosität nach dem Rechte der Civilprozeßordnung.

Von Herrn Dr. jur. Paul Mayer in Dresden.

Von der benutzten Literatur sind die Kommentare zur Civilprozeß-Ordnung von Endemann, Gaupp, v. Sarwey, Seuffert (3. Aufl.), v. Wilmowski-Levy (4. Aufl.), Struckmann-Koch (5. Aufl.), ferner die Pandekten-Lehrbücher von Windscheid (5. Aufl.) und v. Wächter, die Lehrbücher des preußischen Privatrechts von Förster-Eccius (5. Aufl. Bd. 1) und Dernburg, Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze (3. Aufl.), endlich die Abhandlungen von Arndt in Gruchot's Beitr. Bd. 22 S. 322 ff., und Zimmermann daselbst Bd. 28 S. 808 ff., nach den Namen ihrer Autoren zitirt. Wachs

Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts Bd. 1 ist als Wach Hdb. und die Abhandlung: Die Abtretung rechtshängiger Ansprüche in ihrem Einfluß auf den Prozeß, in Gruchot Bd. 30 S. 779 ff. als Wach, Abh. zitirt.

§ 1. Einleitung.

Die Theorie des deutschen Reichsrechts in dieser Lehre baut sich auf 3 Sätzen auf:

1. Die Rechtshängigkeit schließt das Recht der einen oder der anderen Partei nicht aus, die im Streite befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch zu zediren; aber

2. die Veräußerung oder Zession hat auf den Prozeß keinen Einfluß, und

3. die Entscheidung ist in Ansehung der Sache auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar.

I. Der erste dieser Sätze enthält die in § 239 Satz 1 C.P.O. angedeutete Ausnahme des Prinzipes, daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die materiell-rechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit durch die C.P.O. nicht berührt werden, denn er derogirt dem Veräußerungsverbote der res und actio litigiosa, soweit ein solches nach gemeinem und partikulärem Rechte noch bestand: die Litigiosität als solche bildet keinen Ungültigkeitsgrund mehr, sowohl was die Veräußerung der Sache, als die Zession des Anspruches betrifft, „so daß von einer absoluten oder schwebenden bezw. relativen, totalen oder partiellen Nichtigkeit des Veräußerungsgeschäftes, wenn und wie solche nach dem bisherigen Rechte eingetreten ist, fernerhin keinesfalls mehr die Rede sein kann.“ Mandry S. 240. Von selbst versteht es sich aber, daß das Veräußerungsgeschäft im Uebrigen den allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen über die Gültigkeit und Wirkungen der Rechtsgeschäfte untersteht; nach diesen beantwortet sich also auch die Frage, ob und wie der Rechtsnachfolger, falls der Gegner im Prozesse siegt und ihn nun gemäß § 236 Abs. 3 die Rechtskraft der Entscheidung bindet, sich an seinem Auktor schadlos halten kann; es ist hierbei namentlich an die Bestimmungen über Betrug und über die Eviktionspflicht zu denken.

II. Durch C.P.O. § 236 ff. wird weder den Bestimmungen über die alienatio judicii mutandi causa, noch denen über die Haftpflicht des fictus possessor derogirt (Gaupp Bd. 2 S. 30);[1]) das Erstere um

---

[1]) Ebenso wenig wie const. 4 cod. VIII 37 diesen Bestimmungen des rö-



deswillen nicht, weil sich auf diesen Fall der Schutz der C.P.O. nicht erstreckt, das Letztere, weil der entscheidende Gesichtspunkt nicht die Litigiosität als solche, sondern das Delikt ist, welches den Gegner schadensersatzpflichtig macht.[2]) Der Anspruch auf das volle Interesse gegen denjenigen, qui dolo malo desiit possidere, ist ein rein obligatorischer Anspruch und zwar actio ex delicto;[3]) wenn ihn das Recht gleichwohl unter den Gesichtspunkt der rei vindicatio stellt, so hat das keinen anderen Sinn, als daß der Beklagte die Substituirung der Interesseforderung an Stelle des ursprünglichen Anspruches auf Naturalleistung nicht als Klageänderung bestreiten kann. Aus der Natur jenes Anspruches als eines obligatorischen folgt (wie unten nachzuweisen sein wird), daß die Rechtskraft der Entscheidung nicht gegenüber dem Erwerber der Sache wirkt.

Daher hat der Kläger, wenn der Beklagte dolo malo desiit possidere, die Wahl, ob er die Sache selbst weiter vom Beklagten einklagen und das Urtheil, welches in rem ipsam ergeht, gegen den Erwerber vollstrecken lassen will (wobei er natürlich außerdem noch etwaigen Schaden, den er durch die Veräußerung erleidet, vom Beklagten ersetzt verlangen kann), oder ob er den Beklagten jetzt auf das Interesse belangen will; für den letzteren Fall ist allerdings zu

---

mischen Rechts derogirt hat. Wächter Bd. 1 S. 461. A. A. Zimmermann im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 35 S. 444.

²) Die Sache verhält sich so: Wenn der Beklagte die res litigiosa veräußert, so wird regelmäßig (nicht aber nothwendig) anzunehmen sein, daß er dolo malo desiit possidere. Im Allgemeinen nun gewähren die Bestimmungen über die Haftpflicht desjenigen, der lite pendente doloser Weise den Besitz aufgab, dem Kläger den denkbar günstigsten Ersatz; aber eben auch nur einen Ersatz, sie verhelfen ihm nicht zur Sache selbst.

Von allen Fällen, wo Beklagter dolo malo desiit possidere, ist aber die Veräußerung gerade derjenige, wo es dem Kläger noch objektiv möglich ist, die Sache selbst zu erlangen, und eben hierzu und zwar auf einem kürzeren Wege, als dem einer neuen vindicatio gegen den verus possessor, will ihm Justinian in cst. 4 cit. und will ihm C.P.O. § 236 Abs. 3 verhelfen.

³) Der Anspruch ist actio mixta, denn soweit in dem Interesse der Werth der Sache, deren Vindikation ja dem Kläger noch freisteht, gefordert wird, wird reine Privatstrafe gefordert. Diesen Karakter muß die Klage jedoch verlieren, soweit das Delikt Materie des R.St.G.B. ist (vgl. namentlich § 246, 288). Windscheid Bd. 2 § 326 Nr. 2. Für das sächsische Recht hat sich diese Wandelung der actio mixta in actio rei persecutoria bereits durch bürg. G.B. § 304 vollzogen. Auch nach preuß. A.L.R. I 15 § 16 verb. 13, 14 ist die Klage reiner Schadensersatzanspruch.

bemerken, daß die Möglichkeit der Vollstreckung gegen den Erwe gemäß § 236 Abs. 3 unter Umständen die Existenz des Scha beseitigt (Mandry S. 243), und daß die gemeinrechtlichen Vorschr über den Schätzungseid aufgehoben sind C.P.O. § 260 Abs. 2: Partei hat jetzt nicht mehr ein Recht auf denselben, vielmehr er stets vom Richter und zwar stets cum taxatione (§ 260 Ab auferlegt. Dabei stellt die C.P.O. den Kläger noch insofern beso günstig, als sie der Verbindung des Antrages auf Verurthe zur Interesseleistung als eines eventuellen mit dem Hauptan auf Verurtheilung zur Herausgabe der Sache selbst nichts in Weg legt.

Seuffert, Kommentar zu § 230 Nr. 5 S. 265. v. Wilmowski- Anm. 6 zu § 230 S. 325.[4])

III. Der Kläger kann die Veräußerung der res litigiosa einstweilige Verfügung hindern, falls zu besorgen steht, daß dieselbe die Verwirklichung seines Rechtes vereitelt oder wese erschwert werden könnte; dagegen ist Arrest, den mehrere Komm toren, darunter Gaupp, v. Wilmowski-Levy hier annehmen, in d Falle undenkbar, denn die Litigiosität setzt Spezialität der im S befangenen Sache voraus, der Arrest aber eine Geldforderung einen Anspruch auf Leistung einer bestimmten Quantität an vertretbarer Sachen (C.P.O. § 555, 628, 702 Nr. 5), denn g hierin ist das Wesen des „Anspruches, der in eine Geldford übergehen kann" (§ 796 Abs. 1), zu suchen.[5])[6])

§ 2. I. Die Voraussetzungen der Litigiosität.

Bevor auf die Theorie der Litigiosität nach der C.P.O. e gangen werden kann, sind ihre Voraussetzungen, also die Be der „im Streite befangenen Sache" und ihrer „Veräußerung",

---

[4]) Nach preuß. A.L.R. soll sich der Kläger, sofern die Sache noch wahren Besitzer vindizirt werden kann, zunächst an diesen halten und erst, dies geschehen, seinen etwaigen Schadensersatzanspruch gegen den Verä geltend machen; indessen ist auch hier, wenn die Veräußerung währen Rechtshängigkeit erfolgte, der eventuelle Antrag auf Entschädigung begr

[5]) Das folgt aus dem gegenseitigen Verhältnisse von §§ 796, 814 C kann aber hier nicht weiter ausgeführt werden.

[6]) Darüber, daß das partikularrechtliche Verbot der Zession bestri Ansprüche an Richter oder Anwälte, welche am Prozeßgerichte Amtsverricht auszuüben haben A.L.R. I 11 § 385, von der C.P.O. nicht berührt wird Wilmowski-Levy S. 342; Zimmermann bei Gruchot Bd. 28 S. 822.

gemachten Anspruches" und seiner „Zession" zu

edanke nahe, daß diese Begriffe, namentlich der
h auch nach der C.P.O. noch nach den in den
n Partikularrechten, resp. wo das alte gemeine
erie noch bis zur C.P.O. galt, nach diesem be-
at wird diese Meinung vertreten von v. Wil-
entar zur C.P.O. § 236 Nr. 1 Abs. 1 S. 341:
„der in Streit befangenen Sache" für die
ach den in den einzelnen Staaten geltenden
bez. Landesrechten zu beurtheilen."
vgl. Abs. 3) treffen diejenigen Objekte, welche
n Landesrechten res litigiosae sind, bez. dazu

zu sprechen, daß die C.P.O. selbst diesen Begriff
(vgl. jedoch § 237) und namentlich daß die im
Sache des § 236 Abs. 1[7]) die res litigiosa nach
ist, denn § 236 Abs. 1 hat keinen anderen Zweck
partikulären Rechten, bez. dem in ihnen ent-
gsverbote zu derogiren.
ist jedoch irrig.
n das positive Recht in dieser Lehre einschlagen:
die Veräußerung und Zession für materiell un-
alle gehört die Lehre von der Litigiosität dem
es erklärt sie für materiell gültig, dann muß
erhältniß der Prozeßparteien unter einander,
elchen Einfluß übt die Veräußerung auf den
als auch das Verhältniß des Rechtsnachfolgers
echtsvorgängers in Beziehung auf den schweben-
ftigen Prozeß geregelt werden. Diese Normen
men,[8]) die Begriffe von res und actio litigiosa
alle zu Prozeßbegriffen und müssen als solche
ganze Gebiet des Prozeßrechts die gleichen sein.
her Weise ist dieser Gesichtspunkt bei Abfassung

ommt nur noch in § 665 C.P.O. vor, § 665 kann jedoch
ng nicht verwerthet werden, denn er regelt das Ver-
griff durch § 236 gegeben voraus.
ist damit nicht gesagt, daß diese Prozeßnormen nicht
Recht eine einschneidende Bedeutung haben können.

des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen hervorgetreten: indem man von der Ansicht ausging, daß die Ungültigkeit der Veräußerung der res litigiosa legislativ nicht gerechtfertigt sei, vermied man es, Bestimmungen über die Litigiosität in das Gesetzbuch aufzunehmen, und behielt solche vielmehr der künftigen Prozeßordnung vor. Schmidt, Vorlesungen über das sächsische Privatrecht Bd. 1 S. 177.

Unter denjenigen Schriftstellern, welche sich auf eine Begriffsbestimmung einlassen, herrscht zwar Einverständniß darüber, daß der „im Streite geltend gemachte Anspruch" sowohl ein obligatorischer als ein dinglicher sein kann, und daß „die im Streite befangene Sache" eine individuell bestimmte sein muß.

Im Uebrigen besteht große Meinungsverschiedenheit: die Einen verstehen unter der im Streite befangenen Sache diejenige körperliche Sache, welche mit einer dinglichen Klage in Anspruch genommen wird (Struckmann-Koch, so auch die Motive), die Anderen rechnen hierzu auch diejenige körperliche Sache, deren Leistung mit einer actio personalis in rem scripta beansprucht wird (Mandry, Seuffert, Zimmermann); eine dritte Meinung fordert, daß mit der dinglichen Klage oder actio in rem scripta die Sache in ihrer Totalität in Anspruch genommen wird (Gaupp).

Vereinzelt tritt die Behauptung auf, daß auch eine Veräußerung der im Streite befangenen Sache durch den Kläger zu denken sei; die Frage aber, wie für diesen Fall der Begriff derselben zu bestimmen sei, bleibt unerörtert.

Eine befriedigende Bestimmung jener Begriffe kann nur erfolgen, wenn man dabei von Zweck und Idee des Rechtsinstituts ausgeht. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß diese zunächst weder in dem Interesse des Beklagten (Gefahr der Doppelverurtheilung bei Veräußerungen des Klägers),[9]) noch in dem einseitigen Interesse des Klägers (Gefahr der Exekutionsvereitelung durch Veräußerungen des Beklagten)[10]) zu suchen sind, denn die C.P.O. stellt Veräußerungen seitens der einen oder der anderen Partei einander durchaus gleich und giebt dadurch unzweideutig zu erkennen, daß sie dem gesammten Rechtsinstitute den gleichen einheitlichen Gedanken zu Grunde

---

[9]) Von diesem Gesichtspunkte ist das römische Recht ausgegangen, frg. de jure fisci § 8. Gaj. IV. § 117.

[10]) Das war die Neuerung Justinians, doch zeigt sich bereits bei ihm das Streben nach einheitlicher Regelung des Instituts cst. 4 cod. VIII 37.

legt. Den Veräußerungen beider Parteien aber ist das gemeinsam, daß durch sie das materielle, den Streitgegenstand bildende Rechtsverhältniß lite pendente auf eine andere Person übertragen wird. In dieser ihrer Bedeutung bildet die Litigiosität das nothwendige Korrelat der Klageänderung: hier bleiben die Prozeßsubjekte dieselben, aber es ändert sich der Streitgegenstand; dort wechseln bei Identität des Rechtsverhältnisses dessen Subjekte.[11])

Aus dem Gesagten ergiebt sich die wichtige Konsequenz, daß es für die Litigiosität irrelevant ist, ob auf Verurtheilung oder auf Feststellung (§ 231 C.P.O.) geklagt ist.

I. Was die Veräußerungen des Streitgegenstandes durch den Kläger betrifft, so lassen sich diese denken als Veräußerungen des Anspruches oder des Rechtes; als Rechtsgeschäfte unter Lebenden und von Todes wegen; als totale oder partielle Veräußerungen.

1. Die Zession des Anspruches unterliegt (hierüber herrscht, wie bereits bemerkt, in der Literatur Einverständniß) schlechthin den rechtlichen Grundsätzen der Litigiosität, ohne Rücksicht darauf, ob der Anspruch ein dinglicher oder obligatorischer ist. Im Streite geltend gemacht ist der Anspruch, wenn er durch Klage, Widerklage oder Kompensationseinrede[12]) rechtswirksam geltend gemacht ist.

Die Uebertragung eines im Streite geltend gemachten Anspruches auf eine andere Person kann aber seitens des Klägers außer durch Zession noch in anderer Weise bewirkt werden: es giebt Ansprüche, welche nicht einer bestimmten Person zustehen, sondern vielmehr Jedem, der zu einer körperlichen Sache in einem gewissen

---

[11]) Hierbei ist die Erscheinung der sog. subjektiven Klageänderung nicht übersehen; sie kann aber hier schon deshalb außer Betracht bleiben, weil sie keinesfalls die Regelerscheinung der Klageänderung ist, wie sie C.P.O. § 240 bis 242 im Auge hat, denn diese setzt zu ihrer Wirksamkeit lediglich die Einwilligung des Gegners, bezw. den objektiven Thatbestand der § 241 voraus, während die subjektive Klageänderung in ihrer Wirksamkeit außerdem durch die Uebernahme des Prozesses seitens der neuen Partei bedingt ist.

[12]) Es kann hier nicht der Ort sein, auf die sehr bestrittene Frage einzugehen, ob der durch Kompensationseinrede geltend gemachte Anspruch von den Wirkungen der Rechtshängigkeit ergriffen wird; ich berufe mich für die hier vertretene Meinung, welche übrigens weit davon entfernt ist, allgemein anerkannt zu sein (über den Stand der Meinungen vgl. Seuffert, Komm. zu § 136 Nr. 5, hierzu Petersen in Gruchot Bd. 30 S. 1 ff., wider ihn Schollmeyer in Gruchot Bd. 31 S. 222 ff. und nun wiederum Petersen daselbst S. 535 ff.) auf Schollmeyer, die Kompensationseinrede in dem R.C.Pr. 1884.



rechtlichen Verhältnisse steht. Windscheid Bd. 2 § 291. Ueberträgt nun der Kläger lite pendente jenes seine Aktivlegitimation bestimmende Verhältniß zur Sache, so bewirkt er hierdurch den Uebergang des Streitgegenstandes auf eine andere Person.[13]) Daß jene körperliche Sache im Sinne von § 236 im Streite befangen ist, erhellt aus § 237, denn § 237 regelt nicht Fälle, welche an sich der Litigiosität nicht unterständen, ergänzt also nicht den § 236, sondern normirt die Litigiosität für das im Streite befangene Grundstück.

Die Uebertragung des Rechtes (im Gegensatze zu der des Anspruches) findet ihr Hauptanwendungsgebiet dort, wo nicht der Anspruch Streitgegenstand ist, nicht auf Verurtheilung, sondern auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses geklagt wird; was aber für den Anspruch als Streitgegenstand gilt, leidet auch Anwendung auf den Streitgegenstand des Feststellungsprozesses. Daher unterliegt die Uebertragung des streitigen Rechtsverhältnisses sowohl seitens des Klägers (positive Feststellungsklage) als auch seitens des Beklagten (im Falle der negativen Feststellungsklage, denn hier ist der Beklagte die rechtsverfolgende Partei, also materiell Kläger) der Litigiosität. Aber auch wenn ein Anspruch im Prozesse geltend gemacht wird, ist die Uebertragung des demselben zu Grunde liegenden Rechtes ohne gleichzeitige Zession des Anspruches bei dinglichen Klagen immerhin denkbar, denn wenn es in der That Rechtsgeschäfte giebt, bei welchen die eine Partei der anderen den dinglichen Anspruch zedirt, während ihr selbst das nudum jus verbleibt (Windscheid Bd. 2 § 337 Nr. 4), so ist nicht abzusehen, warum nicht auch Parteienvereinbarung den umgekehrten Erfolg herbeiführen kann. In diesem Falle hätte aber (nach der heutigen Auffassung des Verhältnisses von Recht und Anspruch) der Beklagte die vindicatio des Erwerbers nicht zu fürchten, denn der letztere kann, weil er nicht Anspruchsberechtigter geworden ist, nicht auf Verurtheilung klagen; sein Rechtsschutz erschöpft sich in der Feststellungsklage. Indessen diese Fälle sind doktrinär, denn die Zession des dinglichen Anspruches ist ihrer praktischen Bedeutung nach nur

---

[13]) Auf die Frage, wie dieser Uebergang zu denken ist, ist hier nicht einzugehen; jedenfalls erfolgt er nicht durch Zession, denn er ist nicht bedingt durch ein Rechtsgeschäft, dessen Zweck und Inhalt die Uebertragung des Anspruches ist, sondern ist die gesetzliche, ohne, ja selbst wider Willen des Veräußerers eintretende Folge davon, daß der Erwerber in jenes Verhältniß zur Sache tritt.

ein Surrogat der in concreto unmöglichen Rechtsübertragung; wo daher eine Uebertragung des dinglichen Rechtes seitens des Klägers vorliegt (regelmäßig ist sie übrigens durch die Lage der Sache, durch welche der dingliche Anspruch bedingt ist,[14]) ausgeschlossen), da ist anzunehmen, daß die Parteien mit der Uebertragung des dinglichen Rechts auch die Zession des aus diesem erwachsenen dinglichen Anspruches gewollt haben.

2. Die Uebertragung des Streitgegenstandes kann erfolgen durch Rechtsgeschäfte inter vivos und mortis causa; beiderlei Geschäfte unterliegen der Litigiosität, vorausgesetzt, daß durch sie eine Singularsukzession bewirkt wird. Der Punkt ist bestritten; eine abweichende Meinung (vgl. Seuffert Anm. 1 zu § 217) nimmt an, daß auch der Singularsukzessor von Todeswegen ein Rechtsnachfolger sei, der gemäß § 217 C.P.O. zur Aufnahme des durch den Tod der Partei unterbrochenen Verfahrens berechtigt und verpflichtet sei.

Diese Meinung ist unhaltbar. Sie könnte sich darauf stützen wollen, daß in der letztwilligen Disposition über das Vermögen keine Veräußerung im strengen Sinne liegt, denn „hier verfügen wir ja bloß für einen Fall, in welchem wir garnicht mehr Träger des betreffenden Vermögens sind, wir vermindern dadurch unser Vermögen nicht" (Wächter Bd. 1 Beil. 18, 1e). Aber der Begriff der Veräußerung ist ein zu vager, als daß aus ihm argumentirt werden kömnte, wie ja auch die Quellen bei den letztwilligen Dispositionen von einem alienare sprechen. Wächter a. a. O.

Daß in der That die C.P.O. den Rechtsnachfolger gemäß C.P.O. § 236—238 als Singularsukzessor gegenüber dem Universalsukzessor denkt, erhellt aus § 665, wo ausdrücklich neben dem allgemeinen Rechtsnachfolger des in dem Urtheile bezeichneten Schuldners (ohne daß zwischen der Universalsukzession lite pendente und re judicata geschieden wird) derjenige Rechtsnachfolger genannt wird, an welchen die res litigiosa während der Rechtshängigkeit mit der Folge des § 236 oder aber nach Beendigung des Rechtsstreites veräußert wird. Sonach gelten die Grundsätze des späteren römischen Rechts,[15]) daß die heredes den Prozeß fortführen und dem lega-

---

[14]) Man denke an den Besitz des Beklagten bei der rei vindicatio, der die Tradition seitens des Klägers ausschließt.

[15]) Nov. 112 cap. I für das frühere Recht cst. 3 cod. VIII 37.

tarius nur der eventus litis vermacht ist, daß der letztere aber dann als Nebenintervenient am schwebenden Streite theilnehmen darf, auch für unser heutiges Recht, und das mit gutem Grunde, denn die Gefahr, daß eine Partei die Lage ihres Gegners dadurch, daß sie ihm willkürlich einen anderen Prozeßgegner oktroyirt, verschlechtere, ist jedenfalls bei der Universalsukzession eine viel geringere als bei der Singularsukzession.

3. Dem § 236 unterstehen sowohl totale als auch partielle Veräußerungen, denn (wie später noch auszuführen sein wird) faßt die C.P.O. die Litigiosität als eine objektive Eigenschaft des materiellen den Streitgegenstand bildenden Rechtsverhältnisses auf, welche Jeder, der aus demselben Rechte ableitet, anerkennen muß. Und zwar bezieht sich das nicht nur auf die im Streite befangene Sache, sondern auch auf den geltend gemachten Anspruch, denn wenn auch C.P.O. nur von „Zession" eines solchen spricht, so hat sie damit nicht einen doktrinären Begriff aufstellen, sonder offenbar nichts Anderes sagen wollen, als wenn sie von „Veräußerung" der im Streite befangenen Sache spricht.

II. Der Beklagte vertritt das streitige materielle Rechtsverhältniß nach seiner passiven Seite, die Veräußerung des Streitgegenstandes durch ihn relevirt demnach als Uebertragung der streitigen Verpflichtung. Die C.P.O. hat allerdings die vertragsmäßige Uebertragung der Schuld (Schuldübernahmevertrag) nicht schlechthin der Litigiosität unterstellt, und das mit gutem Grunde! Solche Verträge sind lite pendente wohl denkbar, denn die Verpflichtung des Beklagten ist keineswegs nothwendig eine von ihm bestrittene (Wach Hdb. S. 18). Wäre sie das, dann wäre der Schuldübernahmevertrag, der lite pendente abgeschlossen würde, eine contradictio in adjecto, denn in ihm (wenigstens als unbedingt abgeschlossenen) würde ein Anerkenntniß der Schuld zu finden sein. Aber der Schuldübernahmevertrag, soweit er überhaupt mit liberatorischem Effekte für den Schuldner anerkannt ist (A.L.R. I 14 § 399), nicht nur Bürgschaftswirkung hat (so im sächs. Gesetzb. § 1409), ist bedingt durch Einwilligung des Gläubigers, und dieses Einwilligungsrecht gewährt ihm bereits einen genügenden Schutz gegen nachtheilige Veräußerungen des Beklagten. Nur dort ist ein Schutzbedürfniß für den Kläger vorhanden, wo die Sukzession in die Verpflichtung sich auch ohne seine Einwilligung vollzieht, d. i. in allen Fällen, wo sich die Verpflichtung anknüpft an ein bestimmtes Verhältniß zu

der „im Streite befangenen" Sache, mag dieses
ches Recht, Besitz oder bloße Detention sein. Hierher
hen Klagen, rei vindicatio, actio Publiciana, hypo-
ctio, nach Umständen actio confessoria und nega-
tio spolii (nicht dagegen, wenigstens nach reinem
das interdictum unde vi); ferner gehören hierher
nales in rem scriptae. Zwei Punkte aus dieser
ne besondere Betrachtung.
fechtungsklage des modernen Rechtes (Reichsges.
79 Konk.Ordn. § 22 ff.) ist, soweit sie sich gegen
ssor richtet (R.G. § 11 Abs. 2 Konk.Ordn. § 33
rem scripta. Sie setzt solchenfalls allerdings
Singularsukzessors voraus, aber der dolose Er-
einen neuen Verpflichtungsgrund, sondern ist
ssetzung, daß sich die Verpflichtung seines Rechts-
auf ihn erstreckt, denn seine Haftung ist durch-
wie die seines Auktors. Daß er in den Fällen
öglichkeit der Leistung unter Umständen anders
haftet, als sein Auktor (der ja keineswegs in
en zu sein braucht), begründet hier so wenig
als bei den übrigen genannten Klagen. Derselben
Anm. 3a zu § 236. A.M. aus unzutreffenden
owski-Levy Anm. 2 Abs. 3 zu § 236. Ebenso ge-
s petitio hierher: sie macht nicht die einzelnen Erb-
sondern die Erbschaft, welche der Beklagte besitzt,
rt der Besitzer dieselbe, so ist auch sein Erwerber
etitio passiv legitimirt, denn sofern sein Rechts-
iärer ist, kann der Rechtsgrund, auf den er sich
er sein als der seines Auktors. Windscheid Bd. 3
S. 267.
sagten erhellt, daß die Veräußerung einer körper-
en Leistung mittelst persönlicher Klage vom Be-
t wird, nicht den Grundsätzen über die Litigiosität
die streitige Obligation erstreckt sich nicht auf
r Sache, selbst wenn dieser darum wußte, daß
Sache einem Dritten schuldete, ein Prinzip,
dem partikularrechtlich anerkannten Satze, daß
e bricht (A.L.R. I 21 § 358), und aus der im
nerkannten Realexekution irrthümlich hat folgern

wollen. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 43 Note 6, v. Gerber, System des deutschen Privatrechts § 73 Note 1, § 180 Note 4. Aber möglicher Weise bildet der Erwerb einer solchen Sache einen eigenen Verpflichtungsgrund des Erwerbers. Diese Frage beantwortet sich nach allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen; mit ihr beschäftigt sich namentlich Zimmermann in Gruchot Bd. 28 S. 812—820, der zu dem richtigen Resultate kommt, daß gegen jede Veräußerung, die sich als eine Zuwiderhandlung gegen § 288 St.G.B.'s qualifizirt, eine Anfechtungsklage begründet ist.

Hierzu kommt für die actiones in rem noch eine andere Erwägung; mit ihnen macht der Kläger ein dingliches Recht, eine unmittelbare rechtliche Herrschaft über die körperliche Sache geltend, welche möglicher Weise die rechtliche Herrschaft des Beklagten über diese Sache beschränkt (vgl. z. B. Windscheid Bd. 1 § 237 Note 19) oder ganz ausschließt (rei vindicatio). Insoweit ist also auch das Recht des Beklagten an dieser Sache Streitgegenstand, denn, wenn das Recht des Klägers anerkannt wird, so ist damit das Recht des Beklagten aberkannt,[16]) und unterliegt seine Veräußerung daher den Grundsätzen über Litigiosität. Sonach bindet das Urtheil z. B. auch denjenigen, welcher ohne Besitzer zu werden, durch bloßen Konsensualvertrag eine Dienstbarkeit an der vom Beklagten besessenen Sache, welche mit der rei vindicatio in Anspruch genommen wird, erwirbt.

III. Nur konstatirt zu werden braucht, daß die rechtlichen Wirkungen der Litigiosität auch den gutgläubigen Erwerber treffen und daß die gemeinrechtlichen Ausnahmen, welche namentlich bei nothwendiger Veräußerung begründet waren (cst. 4 cod. VIII 37), mit dem Wegfalle des Veräußerungsverbotes ihre Bedeutung verloren haben.[17]) Mandry S. 241.

§ 3. II. Die rechtlichen Wirkungen der Litigiosität.

I. Die legislatorischen Erwägungen, von welchen man bei Ausgestaltung des Rechtsinstitutes in der C.P.O. ausgegangen ist, sind unschwer zu erkennen. Zunächst soll die Litigiosität nicht mehr eine Schranke des Rechtsverkehrs sein: Der Umstand, daß Jemand in die Lage kommt, zu klagen oder verklagt zu werden, darf ihn nicht

---

[16]) Nicht auch umgekehrt l. 15 Dig. 44, 2.

[17]) Sonach ist u. A. auch die Pfändung des geltend gemachten Anspruches und seine Ueberweisung an Zahlungsstatt oder zur Einziehung, ein in der Praxis nicht seltener Fall, rechtlich zulässig.

hindern, sein Vermögen auch durch Veräußerung wirthschaftlich auszunützen. Aber da der Prozeß nicht nur ein Rechten-, sondern auch ein Pflichtenverhältniß ist, darf der Rechtsnachfolger nicht ohne Einwilligung des Gegners an Stelle seines Auktors den Prozeß übernehmen, denn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann Niemand eine ihm obliegende Rechtspflicht ohne Einwilligung desjenigen, dem das dieser Verpflichtung korrespondirende Recht zusteht, auf einen Anderen übertragen. Dem darf nicht entgegengehalten werden, daß jene Pflichten, weil von einer Potestativbedingung abhängig, bereits vor der Klagenerhebung bestanden und daß sich ihnen die Partei durch Veräußerung vor Prozeßbeginn entziehen konnte.

„Die Thatsache reicht hin, daß sie das nicht gethan hat, und es liegt kein Grund vor, ihr deswegen derartige dolose Handlungen zu gestatten, weil sie zu deren Vornahme in einem früheren Zeitpunkte im Stande gewesen wäre. Der Zeitpunkt der Klageerhebung[18]) fixirt die Lage der Partei unabänderlich und dergestalt, daß sie durch Veräußerung der Sache sich nicht mehr vom Prozesse befreien kann" (so Arndt S. 325).

Und ebenso legislatorisch richtig ist es, dem Rechtsnachfolger den Eintritt in den Prozeß schlechthin, nicht bloß in den Fällen zu untersagen, in denen sich die Lage des Gegners erweislich verschlechtert,[19]) denn dieser wird im Momente der Veräußerung „vielfach noch gar nicht in der Lage sein, zu wissen, geschweige denn nachzuweisen, inwiefern hierdurch seine Lage erschwert wird" (Arndt a. a. O.).

Endlich ist die Sachentscheidung auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar; damit wird in erster Linie dem Interesse des Klägers, daß ihm nicht der Beklagte durch die Veräußerung des Streitgegenstandes die Realexekution vereitele, genügt, denn er braucht jetzt nicht mehr gegen den Rechtsnachfolger einen neuen Prozeß zu beginnen, um in den Besitz der in Streit befangenen Sache zu gelangen, sondern kann das erstrittene kondemnatorische Urtheil unmittelbar gegen den Erwerber derselben vollstrecken lassen; aber auch der Beklagte ist hierdurch gegen die Gefahr einer Doppelverurtheilung geschützt, insofern er nunmehr die Klage, welche der Rechtsnachfolger gegen ihn erheben wollte, eben-

---

[18]) Also der Moment, wo jene Pflichten voll wirksam werden.

[19]) So bayr. C.P.O. vom 1. Februar 1869 Art. 493.

sowie eine zweite Klage, die der Erstkläger selber de eadem re anstrengen wollte, durch exceptio rei judicatae abwehren kann.

II. Die nächstliegende, ebenso theoretisch interessante, als praktisch wichtige Frage ist nun, wie ist das Verhältniß des § 236 Abs. 1 zum § 236 Abs. 2 zu denken? wie verträgt sich die civilrechtliche Gültigkeit des Veräußerungsaktes mit dem Fortgange des Prozesses zwischen den ursprünglichen Parteien?

Ueber diese Frage, welche eine mehrfache Besprechung, jedoch stets nur für die Zession streitiger Ansprüche, für welche sie allerdings besonders praktisch wird, gefunden hat, herrscht ein lebhafter Meinungsstreit.

Drei Meinungen stehen sich gegenüber:

1. Die eine Meinung (vertreten von Gaupp Bd. 2 S. 31) nimmt an, indem sie das Hauptgewicht auf § 236 Abs. 2 Satz 1 legt, daß die Veräußerung im Verhältnisse der Prozeßparteien vollständig ignorirt wird: nicht nur nimmt der Prozeß formell seinen Fortgang, als wenn die Veräußerung nicht geschehen wäre, auch die materiellen Voraussetzungen der Verurtheilung bestimmen sich hier (entgegen der allgemeinen Regel des § 251 C.P.O.) nicht nach dem Momente der Urtheilsfällung, sondern nach dem der Veräußerung. Daraus wird die Konsequenz gezogen, daß der Zedent dem Gegner gegenüber weiter zu Rechtshandlungen, welche eine Disposition über den Anspruch enthalten (Verzicht, Vergleich, für den veräußernden Beklagten würde das Anerkenntniß hinzukommen) legitimirt bleibt. Aehnlich sagt Arndt S. 329, daß die Veräußerung in Beziehung auf den schwebenden Prozeß als nicht geschehen fingirt wird.

2. In diametralem Gegensatze hierzu, das Hauptgewicht auf § 236 Abs. 1 legend, vertritt Eccius S. 668 folgende Meinung: § 236 Abs. 2 Satz 1 bezieht sich nur auf das Verfahren, daraus folgt aber nichts für die Sachentscheidung; für diese ist auf die Zession gerade so Rücksicht zu nehmen, als hätte der Zessionar mit Einwilligung des Beklagten den Prozeß übernommen. Der Zedent hat daher den Prozeß mit Antrag auf Verurtheilung an den Zessionar fortzusetzen: er darf das nicht nur, er kann sogar hierzu durch die Einrede mangelnder Sachlegitimation genöthigt werden. Dabei bleibt er zwar formell Prozeßpartei, materiell ist er aber Vertreter des Zessionars.

Hieraus wird gefolgert, daß nach der Zession die Einreden der Person des Zessionars entnommen werden, und daß der Zedent nicht mehr über den Anspruch disponiren kann.

3. Eine dritte vermittelnde Meinung vertritt Wach, Abh. S. 794: Der Zedent bleibt ungeschmälert Partei, daher kommen ihm die Parteirechte (darunter auch das Recht, das Prozeßverhältniß durch Verzicht, Vergleich zu beenden) und die Parteipflichten zu; im Uebrigen muß aber der Zedent die nach der Zession stattgefundenen rechtsverändernden Dispositionen seines Rechtsnachfolgers (Zahlung, datio in solutum, Aufrechnung, Stundung 2c.) gegen sich gelten lassen, als wäre dieser sein verfügungsberechtigter Vertreter.

III. Was zunächst die unter Nr. 2 gedachte Meinung betrifft, so hat dieselbe durch Wach S. 782—84, 786—91 eine eingehende und überzeugende Widerlegung gefunden, deren Hauptgesichtspunkte folgende sind:

Die Beweisführung von Eccius ist die: aus dem Umstande, daß der Schuldner, obwohl ihm die Zession bekannt ist, doch auf Leistung an den Zedenten verurtheilt wird, folgert er:

1. daß er durch Einreden, welche ihm nach der Zession aus der Person des Zedenten erwachsen, die Verurtheilung abwenden könne, daß er aber Einreden, welche ihm aus der Person des Zessionars zustehen, nicht verwerthen kann;

2. daß der Zedent über den Anspruch durch Vergleich, Verzicht disponiren kann, während der Zessionar hierzu nicht in der Lage ist;

3. daß der Zedent das Urtheil zu seinen Gunsten vollstrecken lassen kann, während es zweifelhaft ist, ob der Zessionar vollstreckbare Ausfertigung des auf den Namen des Zedenten lautenden Urtheiles erlangen könne, und ob der Schuldner in der Zwangsvollstreckung dem Zedenten den Einwand mangelnder Sachlegitimation entgegensetzen könne,

alles seiner Meinung nach unerträgliche Konsequenzen, welche unmöglich im Sinne der C.P.O. liegen können, sie werden vermieden durch Annahme der von ihm aufgestellten Sätze. Es wird weiter zu beweisen versucht, daß dieselben mit den allgemeinen Grundsätzen der C.P.O. vereinbar, nicht aber, daß sie wirklicher Inhalt des Gesetzes seien.

Die Beweisführung von Eccius ist also die deductio ad absurdum. Eine solche Beweisführung hat aber stets etwas Gewaltsames und ist daher schon an sich nicht ohne Bedenken. Ihre unerläßliche Voraussetzung ist jedenfalls, daß das Resultat, zu welchem uns die exakte Interpretationsmethode, welche lediglich aus dem Gesetze selbst dessen Inhalt klarzustellen sucht, führt, in der That ein

unerträgliches, unannehmbares ist. Unsere erste Frage ist daher: wie steht es mit den von Eccius angezogenen Bedenken. Ein großer Theil derselben erledigt sich, wenn es wahr ist, daß die Rechtskraft der Entscheidung nicht nur gegen, sondern auch für den Rechtsnachfolger wirkt und daß dieser auf Grund von §§ 665 ff. C.P.O. vollstreckbare Ausfertigung erhält, ja daß die Rechtskraft der Sachentscheidung nur zu seinen Gunsten wirkt, weil der Belkagte dem Zedenten in der Zwangsvollstreckungsinstanz die ihm lite pendente versagte Einrede der mangelnden Sachlegitimation entgegensetzen kann, Sätze, deren Nachweis bei Besprechung von § 236 Abs. 3 versucht werden soll; denn dann steht fest, daß das Urtheil in der That auf den Namen des Zedenten lautet (denn wozu sonst das Verfahren nach § 665?), und daß materielle Nachtheile für die Zwangsvollstreckung hieraus weder für den Zessionar, noch für den Beklagten resultiren. Die Legitimation des Zedenten zu Dispositionsakten über den zedirten streitigen Anspruch bringt aber auch die Theorie von Eccius nicht aus der Welt; nach ihr ist der Zedent „materiell" Vertreter des Zessionars, als solcher aber ist er zu jenen Dispositionsakten legitimirt, vgl. § 77 C.P.O.

Es bleibt also als einziger Punkt noch übrig, daß der Beklagte Einreden aus der Person des Zessionars nicht benutzen kann, wohl aber Einreden, welche ihm nach der Zession aus der Person des Zedenten erwachsen.

Was den ersten Punkt betrifft, so ist zu scheiden zwischen Einreden, welche eine rechtsvernichtende Thatsache, und solchen, welche ein Gegenrecht geltend machen; aus dem Umstande, daß er Einreden der erstgedachten Art aus der Person des Zessionars nicht benutzen kann, wird der Beklagte nur Veranlassung zu nehmen haben, dem Zessionar bis zur Entscheidung nicht zu zahlen, sich mit ihm nicht zu vergleichen, zu berechnen 2c., mit einem Worte ihn überhaupt nicht als Gläubiger zu behandeln, und er ist hierzu um so mehr in der Lage, als ihm gegen die Klage des Zessionars (wie später auszuführen sein wird) die Einrede der Rechtshängigkeit zusteht; dem Nachtheile aber, daß er Einreden aus der Person des Zessionars, welche ein Gegenrecht geltend machen, nicht verwerthen kann, steht der Vortheil gegenüber, daß er solche Einreden, welche ihm aus der Person des Zedenten erwachsen, benützen kann. Was endlich den Umstand betrifft, daß er Einreden aus der Person des Zedenten, welche ihrem Thatbestande nach erst nach erfolgter Zession

begründet sind, geltend machen kann, so ist offenbar nicht Schutz des Zessionars (denn warum läßt er sich die actio litigiosa zediren?), sondern der des Beklagten die ratio legis.

Zudem ist der Beweis, daß die Theorie von Eccius mit den allgemeinen Grundsätzen der C.P.O. vereinbar sei, als mißlungen zu erachten.

1. Zunächst meint Eccius, könne jedenfalls der Kläger den Klageantrag auf Verurtheilung an den Zessionar abändern; er bleibe dann „gesetzlich Prozeßpartei", führe aber „materiell" den Streit als „Vertreter des Zessionars". Eine Klageänderung liege hier sowenig vor, wie „wenn im Laufe des Prozesses die Partei unter eine nothwendige Vertretung kommt und nun die Leistung zu Händen des nothwendigen Vertreters erfolgen soll".

Wie soll das zu denken sein? Ist es nicht ein unlöslicher Widerspruch, wenn der Zedent als Vertreter des Zessionars gedacht werden soll und gleichwohl die Sache gerade so ist, als wäre der Zessionar der gesetzliche Vertreter des Zedenten?

Es kann aber auch nicht zweifelhaft sein, daß hier in der That eine nach C.P.O. nur mit Einwilligung des Gegners zulässige Aenderung des Klagegrundes vorliegt. Es ist dabei wohl zu unterscheiden zwischen Klagegrund und Aktivlegitimation. Unter Aktiv- und Passivlegitimation verstehen wir die subjektive Beziehung des Klägers, beziehentlich des Beklagten zum Streitgegenstande, d. h. die Summe von Thatsachen, welche die Vertretung dieses Rechtsverhältnisses im Prozesse als Partei,[20]) also kraft eigenen Rechts, im eigenen Namen und Interesse rechtfertigen.

Uns interessirt im Weiteren zunächst nur das Verhältniß von Klagegrund und Aktivlegitimation. Beide sind identisch, wenn der Kläger ein in seiner Person entstandenes Recht geltend macht; es bedarf aber einer besonderen Aktivlegitimation des Klägers, wenn er das Recht als ein in der Person eines Anderen entstandenes, aber auf ihn übergegangenes und jetzt ihm zustehendes Recht, oder aber als ein auch jetzt noch einer anderen Person zustehendes Recht, aber doch kraft eigenen Rechtes (man denke an den ususfructus und das pignus nominum) geltend macht. Auch in diesen Fällen gehört die Aktivlegitimation zum Klagegrunde, denn eine Scheidung zwischen Beiden, zwischen Existenz des Rechtes und seiner subjektiven

[20]) Gegensatz: als Vertreter, sog. Prozeßlegitimation.

Beziehung ist nicht logisch. Rechte existiren nicht an und für sich, sondern nur in gewissen Subjekten. Indem der Zedent also die Thatsache der Sukzession behauptet und damit die Aktivlegitimation des Zessionars, zu Gunsten dessen er Verurtheilung petirt, in den Prozeß einführt, ändert er den Klagegrund.

Hierzu kommt eine anderweite Erwägung: wie soll die Rechtsstellung des Zedenten, der mit dem Antrage auf Verurtheilung an den Zessionar auftritt, gedacht werden? Offenbar handelt er nicht im Namen des Zessionars, denn wäre er wirklich Vertreter, so wäre damit die Sukzession des Zessionars in den Prozeß, welche § 236 Abs. 2 ausdrücklich von der Einwilligung des Gegners abhängig macht, anerkannt. Er handelt also in eigenem Namen zu Gunsten eines Dritten; aber ein solches prozessualisches Handeln kennt die C.P.O. nicht und der Beklagte ist wohl befugt, einer solchen Klage die Einlassung zu weigern. Wenn ein solches Handeln auf dem Gebiete des Civilrechts partikularrechtlich, sei es mit der Wirkung, daß der Dritte unmittelbar (Windscheid Bd. 2 § 316 a Nr. 3) oder erst auf Grund seiner Akzeptation (A.L.R. I 5 § 75, sächs. Gb. § 854) berechtigt wird, anerkannt ist, so folgt daraus nichts für das Prozeßrecht, denn auf dem Gebiete des Civilrechts wird dem Dritten nur ein subjektives Recht, also die Möglichkeit, sich kraft objektiven Rechts einen thatsächlichen Vermögensvortheil zu verschaffen, erworben; die Verurtheilungsklage aber hat den Zweck, die Vollstreckung zu ermöglichen, und ebensowenig wie der Kläger diese zu Gunsten eines Dritten einleiten, und so dem Dritten den unmittelbaren Vortheil aufzwingen kann, sowenig kann er auf Verurtheilung an einen Dritten klagen, denn beneficia non obtruduntur.[21])

2. Nach Eccius darf aber nicht nur der Zedent den Klageantrag in der Richtung der Verurtheilung an den Zessionar abändern. Beklagter kann ihn hierzu nöthigen, indem er ihm die Einrede, daß Kläger nicht mehr berechtigt sei, für sich zu klagen, entgegensetzt, m. a. W. indem er mit Berufung auf die Zession die Sachlegitimation des Klägers bestreitet. Damit setzt sich Eccius

[21]) Ein näheres Eingehen auf diese bestrittene Frage gehört nicht hierher; nur soll bemerkt werden, daß die Frage nicht aus dem materiellen Rechte, sondern aus dem Prozeßrechte zu beantworten ist, und daß die C.P.O. keinen Anhalt dafür gewährt, daß sie das prozessualische Handeln zu Gunsten einer dritten Person als zulässig ansieht.

in direkten Widerspruch zu dem Gesetze, denn wie aus dem arg. e contr. des § 238 Satz 2 folgt, ist der Einwand mangelnder Sachlegitimation nur in den Fällen dieses Paragraphen statthaft, und dieses arg. e contr. ist durchschlagend, denn der beschränkende Wille des Gesetzes ist nachweisbar: die Zulassung jenes Einwandes in den Fällen des § 238 gründet sich auf die Versagung der Rechtskraftswirkung gegen den Rechtsnachfolger, daher ist der Einwand mangelnder Sachlegitimation versagt in den Fällen des § 236, 237, wo die Sachentscheidung gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar ist.

Eccius S. 670 Note 209 wendet ein: auch nach seiner Theorie bleibe ja der Zedent berechtigt, das Gläubigerrecht zu verfolgen; aber er verfolgt es nicht als eigenes oder als fremdes kraft eigenen Rechts, m. a. W. er verfolgt es nicht für sich, und gerade hierin beruht das Wesen der Aktivlegitimation.

IV. Die beiden praktisch wichtigsten Fragen, um welche es sich bei dieser ganzen Kontroverse handelt, sind offenbar:

a) kann der Veräußerer im Prozesse noch über den Streitgegenstand disponiren? kann der Zedent auf den im Streite geltend gemachten Anspruch verzichten, sich über ihn vergleichen, kann der Beklagte, der die im Streite befangene Sache veräußerte, noch die streitige Verpflichtung anerkennen? und

b) wie steht es bei der Zession der actio litigiosa mit den Einreden?

Die erste Frage findet ihre Entscheidung im Gesetze selbst; in der That kann der veräußernden Partei ein solches Dispositionsrecht nicht abgesprochen werden, denn nach der Meinung des Gesetzes bleibt sie trotz der Veräußerung Partei, ihr liegen also die Parteipflichten ob, wie ihr die Parteirechte zukommen; den Rechtsnachfolger denkt das Gesetz lediglich in der Stellung des Nebenintervenienten § 236 Abs. 2 Satz 3, als solchem aber steht ihm ein Widerspruchsrecht gegen Dispositionsakte der Hauptpartei nicht zu.

Ueber die zweite Frage stehen sich nicht weniger als drei Ansichten gegenüber:

1. Eccius folgert, wie bereits bemerkt, aus seiner Theorie, daß der debitor cessus nach der Zession lediglich Einreden aus der Person des Zessionars, nicht aus der des Zedenten (selbstverständlich soweit solche nicht vor der Zession erwachsen sind) verwerthen könne.

2. Gaupp a. a. O. nimmt an, daß § 236 eine Ausnahme des

Prinzips in § 251 setze; während nach § 251 C.P.O. für die Statthaftigkeit und materielle Begründung des Anspruches der Zeitpunkt der Urtheilsfällung maßgebend sei, habe der Richter im Falle des § 236 bei der Beurtheilung des Rechtsverhältnisses lediglich die zur Zeit der Veräußerung vorhandenen rechtlichen und thatsächlichen Voraussetzungen seinem Urtheile zu Grunde zu legen. Er nimmt also an, daß die Veräußerung den Streitgegenstand in einen Zustand ähnlich dem des ruhenden Rechtes versetze, und muß demgemäß dem debitor cessus alle Einwendungen, welche ihm nach der Zession sowohl aus der Person des Zedenten, wie der des Zessionars erwachsen, versagen.[22])

Gaupp begründet seine Behauptung nicht näher; sehr mit Recht bemerkt Eccius gegen ihn, daß die Annahme, § 236 begründe eine Ausnahme von § 251, eine völlig willkürliche ist, und daß sie im Widerspruche damit steht, daß der Zedent kraft seiner Parteistellung über den Anspruch disponiren kann; es wäre unlogisch, wenn der Zedent mit Rechtswirksamkeit auf den Streitgegenstand verzichten, sich über ihn vergleichen könnte, während die Leistung an ihn den Beklagten nicht liberirte, denn beiderlei Akte, die inhaltlich materielle Rechtsgeschäfte sind, haben für den Prozeß die gleiche rechtliche Bedeutung, daß sie ihn gegenstandslos machen. Auch ist für eine etwaige prozeßrechtliche Verschiedenheit beider Akte ein Argument nicht daraus herzuleiten, daß der Prozeßvertreter gemäß § 77 C.P.O. zwar zum Anerkenntniß, Vergleich, Verzicht, nicht aber zur Empfangnahme der geschuldeten Leistung (sofern diese nicht nur in Kostenzahlung besteht) legitimirt ist; jene gesetzliche Sonderbestimmung erklärt sich vollkommen aus praktischen Gründen.

3. Wach nimmt an, daß der debitor cessus alle Einreden aus der Person des Zedenten, aus der des Zessionars jedoch nur diejenigen habe, welche auf einer rechtsverändernden Disposition desselben beruhen, nicht aber diejenigen, welche ein Gegenrecht (Kompensations- und Retentionseinrede) geltend machen.

Die Gründe, welche mich abhalten, mich dieser Meinung anzuschließen, sind folgende:

a) Zunächst scheint der Beweis, welchen Wach für die Unhaltbarkeit der Annahme einer gänzlichen Einflußlosigkeit der Veräußerung auf den schwebenden Prozeß antritt, nicht erbracht.

---

[22]) Uebrigens spricht Gaupp selbst diese Konsequenz nicht direkt aus.

Wach bemerkt S. 785: Die gänzliche rechtliche Irrelevanz der Rechtsnachfolge im Prozesse wäre gleich relativer Nichtigkeit der Abtretung gegenüber dem Schuldner; eine solche relative Nichtigkeit ließe sich aber nicht für den Prozeß aufstellen, ohne sie zugleich für das Verhältniß außerhalb desselben anzunehmen, denn andernfalls käme man zu dem Resultate, daß beispielsweise die nach geschehener und angezeigter Zession erfolgte Zahlung an den Zessionar den Schuldner zwar befreite, aber doch seine Verurtheilung an den Zedenten nicht abwenden könnte.

Wäre das nicht doch die von Wach zwei Seiten vorher so lebhaft bekämpfte deductio ad absurdum? Und wäre in der That jenes Resultat ein so unannehmbares? Materielle Nachtheile könnten dem Beklagten hieraus gewiß nicht erwachsen, denn die Verurtheilung in die Prozeßkosten wendet er durch Erfüllung der streitigen Verpflichtung während der Rechtshängigkeit überhaupt nicht ab,[23]) und eine Zwangsvollstreckung hätte er aus dem Urtheile nicht zu besorgen, weder seitens des Zedenten, denn diesem kann er nunmehr den Einwand mangelnder Sachlegitimation entgegensetzen, noch seitens des Zessionars, denn diesem gegenüber kann er in der Zwangsvollstreckungsinstanz alle ihm lite pendente versagten Einreden aus seiner Person nachholen, ein Punkt, auf den später noch zurückzukommen sein wird. Was endlich die materielle Unwahrheit eines solchen Urtheiles betrifft, so ist diese doch offenbar eine weit weniger bedenkliche, als die, daß die Leistung an den Zedenten nach geschehener und verkündeter Zession den Beklagten liberirt, wie auch Wach S. 793 annimmt.

Weiter sagt Wach: die Lehre von der gänzlichen materiellen Unerheblichkeit der Rechtsnachfolge im Prozesse widerstreite dem § 236 Abs. 1; dieser habe nach ihr nicht die Ungültigkeit der Zession beseitigt, man befände sich vielmehr auf dem Standpunkte der gemeinrechtlichen Theorie cst. 2 cod. VIII 37, und eben mit ihm habe man, wie die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zeige und die Motive dokumentiren, brechen wollen.

Aber der Unterschied vom gemeinen Rechte, wäre denn doch immer noch ein erheblicher; es könnte zunächst gegenüber § 236 Abs. 1 nicht mehr von einer Strafsatzung für die Fälle der

---

[23]) Vorausgesetzt natürlich, daß in seiner Person ein klagveranlassendes Verhalten vorliegt, arg. § 89 C.P.O.

wissentlichen Zession der actio litigiosa die Rede sein, wie eine solche cst. 4 cod. ordnet, und vor Allem wäre die materielle Unwirksamkeit der Zession nicht, wie aus dem Veräußerungsverbote des römischen Rechtes zu folgern ist, eine dauernde, sondern lediglich auf den Prozeß beschränkte: hat der Zedent die Klage zurückgenommen, so hat der Zessionar für seine neue Klage keine exceptio litigiosi zu fürchten; das rechtskräftige Urtheil aber kann er, und zwar nur er zur Vollstreckung bringen.

b) Hierzu kommt eine anderweite Erwägung. Jene rechtsverändernden Dispositionen des Zessionars sind rein obligatorische Rechtsgeschäfte, deren Wirkung sich begriffsmäßig auf die Parteien und deren Sukzessoren beschränkt; kommt nicht Wach, indem er dem Beklagten verstattet, aus denselben eine Einrede gegen den Zedenten herzuleiten, doch dazu, den Zedenten als Vertreter des Zessionars, oder umgekehrt den Zessionar als Vertreter des Zedenten anzusehen? So sagt er in der That S. 794: der Zedent habe jene Dispositionen seines Rechtsnachfolgers gegen sich gelten zu lassen, als wäre dieser sein verfügungsberechtigter Vertreter, und doch bemerkt er S. 788 mit vollem Rechte gegen Eccius, daß hier keine Spur von Analogie vorliegt, denn der Zessionar ist Subjekt des Auspruches und als solcher nicht sein Vertreter.

V. Sonach erscheint als das einzig mögliche Resultat, daß der Beklagte zwar die materiellen Einwendungen aus der Person des Zedenten, nicht aber aus der des Zessionars habe; und dieses Resultat stimmt mit der Konstruktion des Rechtsverhältnisses, von der die C.P.O. ausgeht. Allerdings ist hierbei die Fiktion nicht zu entbehren.

Es ist unbestreitbar und in der That unbestritten, daß nach der C.P.O. der Zedent Prozeßpartei bleibt. Bei einem Versuche, den Parteibegriff zu bestimmen, ist davon auszugehen, daß der prozessuale und der materielle Parteibegriff nicht zu trennen sind; Prozesse werden nicht um ihrer selbst willen geführt, sondern zum Schutze civiler Rechte und Pflichten; in diesem Sinne wird die Partei definirt als Subjekt des Prozeßrechtsverhältnisses, welches um deswillen als solches anzusehen ist, „weil es das behauptete aktive oder passive Subjekt des materiellen, den Streitgegenstand bildenden Rechtsverhältnisses ist". Wach, Hdb. S. 518 ff. Nun kann aber der Zedent in Wahrheit gar nicht mehr mit der Behauptung auftreten, daß er materiell berechtigt sei, denn nach § 236 Abs. 1 ist die Zession gültig,

also der Zessionar der wahre Gläubiger; wenn ihm das Gesetz aber gleichwohl gestattet, nach wie vor die Verurtheilung zu seinen Gunsten zu petiren, und damit die Möglichkeit anerkennt, daß er trotz geschehener Zession materiell berechtigt sei, so setzt es sich damit in Widerspruch gegen das erkannte wahre Sachverhältniß und betritt damit den Weg der Fiktion: indem die C.P.O. trotz geschehener Zession dem Beklagten den Einwand mangelnder Sachlegitimation versagt, fingirt sie den Kläger als aktivlegitimirt.

Die Rechtsstellung des Zessionars als Nebenintervenienten spricht nicht gegen, sondern für diese Auffassung; würde in der That die C.P.O. den Zessionar auch mit Beziehung auf den schwebenden Prozeß als das berechtigte Subjekt des Streitgegenstandes betrachten, so würde sie unlogisch und inkonsequent handeln, wenn sie ihn nicht zugleich die Parteienrolle im Prozesse übernehmen ließe; so aber negirt sie seine Aktivlegitimation für diesen Abschnitt des Verfahrens und erkennt als solche nur die des Zedenten an. Weil aber der Rechtsnachfolger das Subjekt einer möglicher Weise aus diesem Verfahren resultirenden Zwangsvollstreckungsinstanz ist, läßt sie ihn wegen seines hieraus folgenden Interesses am Ausgange dieses Rechtsstreites an demselben als Nebenintervenient theilnehmen; das Interventionsrecht erklärt sich also vollkommen aus § 236 Abs. 3, nicht aus § 236 Abs. 1.

Der Grundirrthum von Eccius und Wach ist der, daß sie auf die materiell rechtliche Gültigkeit des Veräußerungsaktes ein viel zu großes Gewicht legen; die Bestimmung des § 236 Abs. 1 C.P.O. hat die Bedeutung, daß die Civilprozeßordnung in dieser Lehre den Landesrechten, bez. dem in denselben enthaltenen Veräußerungsverbote derogiren will: nicht nur geben uns die Motive über diese Gesetzesabsicht bestimmten Aufschluß, die negative Fassung des Gesetzes selbst und sein Verhältniß zu dem Rechtszustand, den es vorfand, beweisen dies zur Genüge. Das Gesetz will durch jene Bestimmung dokumentiren, daß die Materie in ihrer Totalität vom Reichsrechte erfaßt ist, nicht etwa bloß nach ihrer prozessualen Seite, so daß die Regelung der materiellen Folgen eines solchen Veräußerungsaktes noch den Landesrechten unterstände. Für die Theorie der C.P.O. ist § 236 Abs. 1 nicht zu verwerthen. Diese, d. h. die positiven Bestimmungen, welche das Gesetz dem negativen Resultate des gemeinrechtlichen Veräußerungsverbotes substituirt, sind enthalten in § 236 Abs. 2, 3.

§ 4. Fortsetzung.

I. Die rechtlichen Wirkungen der Litigiosität sind zu besp mit Beziehung auf den schwebenden Prozeß und mit Beziehun einen neuen Prozeß, in welchem der Rechtsnachfolger Partei

1. Das Rechtsverhältniß der drei betheiligten Personen schwebenden Prozesse wird bestimmt durch § 236 Abs. 2 Satz nach übt die Veräußerung oder Zession auf den schwebenden keinen Einfluß.

a) Dieser nimmt also unter den ursprünglichen Parteien Fortgang, als wäre nichts geschehen; der Veräußerer bleibt partei, Rechte und Pflichten einer solchen beurtheilen sich le aus seiner Person: ausschließlich seine Behauptungen und B antretungen, seine Dispositionsakte, sei es über den thatsäc Inhalt des Prozesses (Geständniß), sei es über das Prozeß verhältniß, mögen dieselben nun ausschließlich dieses betreffen nahme der Klage) oder zugleich eine Disposition über das ma Rechtsverhältniß, den Streitgegenstand, enthalten (Vergleich, V Anerkenntniß), sind die für diesen Prozeß relevanten Parteia ist einlassungspflichtig, seine Versäumniß zieht die Rechtsfolg §§ 295 ff. C.P.O. nach sich, er hat die Eideszuschiebungen geg gelten zu lassen, wie er sich über die Behauptungen des Gegn erklären hat.

b) Schon hieraus folgt, daß der Rechtsnachfolger den nicht als Hauptpartei übernehmen kann, eine Konsequenz, § 236 Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich ausspricht; er ist hierzu „ni rechtigt," aber auch nicht „auf Antrag des Gegners verpfli arg. § 237.

Dieser Satz hat jedoch keine absolute Geltung, denn mi willigung des Gegners ist der Rechtsnachfolger in der Th Uebernahme der Parteienrolle seines Auktors berechtigt. Die nahme- und Einwilligungserklärung müssen nach dem allgen Prinzipe des § 119 C.P.O., welcher für Prozeßhandlungen d klärung in der mündlichen Verhandlung als nothwendige For schreibt, in dieser erfolgen. Es fragt sich: ist zu solcher Proze nahme auch die Einwilligung des Auktors erforderlich? So Gaupp Bd. 2 S. 34 ff. unter Berufung auf § 64, 73 C.P.O. A Berufung auf § 64 ist hinfällig: besitzt der Rechtsnachfolger Thal ein Recht zur Prozeßübernahme, welche lediglich dur Einwilligung des Gegners bedingt ist, so handelt er eben mi

t als Nebenintervenient; gerade das ist die Frage,
nstand, daß der Gegner seine Einwilligung zur
uptprozesses als Partei versagt, den Rechtsnach=
rvenientenrolle festhält. Aus § 73 Abs. 3 aber
nes arg. e contr. für diese Frage herleiten, denn
ie ist keineswegs nothwendig Prozeßübertragung.
hme des Prozesses ist nicht mehr zu verstehen,
in denselben, für diese aber kann das positive
Rechtserwerb, verschiedene Erwerbsarten aufstellen,
Sukzession kraft Erbfolge,[24]) kraft Vertrages
Gesetzes an; ein Fall der letztgedachten Art liegt
die C.P.O. gewährt dem Rechtsnachfolger ein
bernahme, welches sie lediglich von der Ein=
ers abhängig macht.
er Rechtsvorgänger, so sind die Voraussetzungen
s, der sich zwischen der Partei und einem Dritten[25])

hnung bedarf es, daß, wenn der Rechtsnachfolger
mmt, er ihn in der Lage übernimmt, in welcher
. § 237); er hat also die in jener Lage erwach=
gen[26]) (Zuständigkeit, Geständnisse, Eideszuschie=
egen sich gelten zu lassen und ist namentlich be=
ten verpflichtet, wie er bezüglich ihrer berechtigt ist.
Rechtskraft der Sachentscheidung auch wider den
irkt, somit in seiner Person in der That ein
teresse am Obsiege seines Rechtsvorgängers besteht,
schwebenden Prozesse als Nebenintervenient zur
nfalls ist er jedoch, obwohl die Voraussetzungen
ind, nicht als Streitgenosse anzusehen.
rwähnten Fällen, wo der Rechtsnachfolger den
mit Zustimmung des Gegners als Hauptpartei

och erfolgt dieselbe nicht ipso jure mit dem Nachlaß=
dingt durch besondere Uebernahmeerklärung in der münd=
ne besonders geartete hereditatis aditio, zu der aber der

durch Abgabe der Uebernahmeerklärung Prozeßpartei ge=
lger und seinem depossedirten Auktor.
auch die erhobene Widerklage und Inzidentfeststellungs=
württemberg. C.P.O. vom 3. April 1868 Art. 327 Abs. 2.

übernimmt, oder nur als Nebenintervenient an demselben theilnimmt, kommt als dritter der, wo er sein gemäß § 236 Abs. 1 gültig erworbenes Recht in selbständigem Prozesse verfolgt, beziehentlich wo der Erstkläger gegen den Rechtsnachfolger des Beklagten neue Klage erhebt.

Hier sind wiederum zwei Möglichkeiten denkbar, insofern der Rechtsnachfolger beide Parteien des Erstprozesses mit einheitlicher Klage (Hauptinterventionsklage) belangt oder nur den Gegner verklagt; Beides ist ihm versagt: die Erhebung der Hauptintervention macht § 236 Abs. 2 ausdrücklich von der Einwilligung des Gegners abhängig, die gegen ihn allein gerichtete Klage wehrt der Gegner mit der Einrede der Rechtshängigkeit ab. Die Einrede der Rechtshängigkeit ist das nothwendige Korrelat der Einrede der Rechtskraft (Seuffert Anm. 4 lit. c. zu § 236, Wilmowski-Levy Anm. 3 Abs. 3 zu § 236, Gaupp Bd. 2 S. 31, Mandry S. 242, Eccius § 99 Anm. 209 u. A. m.); wirkt in der That die Rechtskraft der Entscheidung auch gegen den Rechtsnachfolger, so darf er diese Wirkung nicht durch Anstrengung eines neuen Prozesses vereiteln, soll auch ihm gegenüber der Satz: ne bis de eadem re sit actio gelten, so ist es konsequent, daß auch gegen ihn exceptio litis pendentis gegeben wird, denn die letztere hat keinen anderen Zweck, als jenes Prinzip bereits während der Rechtshängigkeit zu verwirklichen. Aus dem gleichen Grunde wird die Einrede der Rechtshängigkeit auch dem Rechtsnachfolger des Beklagten gegen eine neue Klage des Erstklägers gegeben. Von selbst versteht es sich aber, daß die Einrede der Rechtshängigkeit nur soweit reicht als die Einrede der Rechtskraft; mit Recht bemerken v. Wilmowski-Levy S. 345, daß, wenn bei Veräußerungen des Beklagten der Gegner dem ursprünglichen Anspruche die Interesseforderung substituirt, der neuen Klage gegen den Rechtsnachfolger, welche auf die Sache selbst geht, nichts im Wege steht.

II. Endlich enthält § 236 Abs. 3 die Bestimmung, daß die Entscheidung in der Sache auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar ist. Dieser Satz bedarf in mehrfacher Hinsicht der Erörterung.

1. Das Gesetz spricht von Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit der Sachentscheidung; es kann keinem Zweifel unterliegen, daß das Gesetz damit die beiden Wirkungen der Rechtskraft, die materielle (Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache) und die formelle

(Vollstreckbarkeit) hat bezeichnen wollen, denn eben in der Rechtskraft besteht die Wirksamkeit des Urtheiles.[27])

2. Die Sachentscheidung ist auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar, sie ist es also in erster Linie gegen den Auktor. Daher hat bei einer Veräußerung des Streitgegenstandes durch den Kläger der Beklagte sowohl der neuen Klage des Veräußerers, als der seines Rechtsnachfolgers gegenüber exceptio rei judicatae. Natürlich kann der Beklagte auch mit Rücksicht auf die nach § 236 Abs. 1 gültige Veräußerung die Aktivlegitimation des Veräußerers bestreiten; aber vielleicht führt ihn, weil er z. B. mit Rechtskraftbescheinigung versehene Urtheilsausfertigung in Händen hat, die exceptio rei judicatae rascher zum Ziele. Hat der Beklagte die im Streite befangene Sache veräußert, so ist er sowohl, wie sein Rechtsnachfolger Schuldner i. S. von § 769 C.P.O.

3. Solche Wirksamkeit kommt jedoch nur der Entscheidung in der Sache zu; unter Sache haben wir hier das „den Gegenstand des Verfahrens bildende materielle Rechtsverhältniß“ zu verstehen. Wach, Hdb. S. 292 Anm. 20. Der Gegensatz zur Sachentscheidung ist ein dreifacher; einmal fallen darunter alle Entscheidungen, welche ohne Entscheidung über den materiellen Gegenstand lediglich das Prozeßverhältniß beendigen, indem sie die Klage wegen mangelnder Prozeßvoraussetzungen (§ 247 C.P.O.) abweisen; ferner Entscheidungen über obligatorische Nebenansprüche, das sind Ansprüche, bezüglich deren sich Aktiv- und Passivlegitimation nicht durch das rechtliche Verhältniß zur res litigiosa bestimmen, wennschon jenes Verhältniß die Quelle neuer Ansprüche in der Person des Rechtsnachfolgers sein kann; endlich die Entscheidung über die Prozeßkosten.

4. Aber außer dieser dem Wortlaute des Gesetzes selbst zu entnehmenden Auslegung ist weiter anzunehmen, daß die Rechtskraft der Entscheidung nicht bloß gegen, sondern auch für den Rechtsnachfolger wirkt. Diese Auslegung stützt sich auf folgende Gründe.[28])

a) Zunächst spricht für sie die Logik des Gesetzes; soll in der

---

[27]) Gegen die abweichende Ansicht Freudenstein's (Einrede der Rechtskraft S. 217), C.P.O. habe nur die Vollziehbarkeit des Urtheils gegen Dritte bezeichnen wollen, vgl. Wach, Hdb. S. 621 N. 24.

[28]) Sie wird vertreten von der herrschenden Meinung; auch das Reichsgericht Entsch. Bd. 7 S. 333 hat sich für dieselbe ausgesprochen. Vgl. Gaupp Bd. 2 S. 31 ff.; Wilmowski-Levy Anm. 4 zu § 236; Seuffert S. 285; Wach, Hdb. S. 622 Anm. 24, Abh. S. 782; Mandry S. 242; Endemann S. 27.

That die rechtskräftige Entscheidung für das Verhältniß des Rechtsnachfolgers zum Gegner bestimmend sein, so muß das der Fall sein sowohl zu Gunsten, wie zu Ungunsten des Rechtsnachfolgers: eine Rechtskraftwirkung ausschließlich zu seinen Ungunsten, eine solche „getheilte Rechtskraftwirkung", wäre an sich widerspruchsvoll und ohne analoge Vorgänge im Gesetze.

b) Diese Schlußfolgerung ist nothwendig, soll das Gesetz seine aus § 236 Abs. 1 unverkennbar hervorgehende Absicht, mit dem gemeinrechtlichen Veräußerungsverbote zu räumen, erreichen; da nach § 236 Abs. 3 die Entscheidung jedenfalls gegen den Rechtsnachfolger wirksam ist, so steht der Klage, welche der Rechtsnachfolger des Erstklägers erheben wollte, selbst wenn sein Auktor gesiegt hat, exceptio rei judicatae entgegen; er hat also, wenn ihm nun auch Rechtskraft-(Vollstreckungs-)wirkung zu seinen Gunsten versagt wird, kein Mittel, um zur Befriedigung seines wohlerworbenen Rechtes zu gelangen, und es wäre nach wie vor die Veräußerung dem Schuldner gegenüber dauernd rechtsunwirksam.

c) Zu solcher Auslegung führt auch § 665, welcher bestimmt, daß eine vollstreckbare Ausfertigung auch für den Rechtsnachfolger des in dem Urtheile bezeichneten Gläubigers ertheilt werden kann, ohne zwischen der Rechtsnachfolge während der Rechtshängigkeit und nach eingetretener Rechtskraft zu scheiden; beide Fälle will das Gesetz, wie namentlich aus der Behandlung der Fälle, wo der Beklagte die res litigiosa veräußert hat, unverkennbar hervorgeht, einander gleichstellen.

d) Die mangelhafte Ausdrucksweise des § 236 Abs. 3 erklärt sich vollkommen „aus dem unmittelbaren Zwecke des § 236, den Kläger vor nachtheiliger Veräußerung zu schützen," Wach, Hdb. S. 622 Note 24, denn nur gegen den Rechtsnachfolger des Beklagten (nicht des Klägers) kann von Vollstreckbarkeit der Sachentscheidung die Rede sein.

III. Es fragt sich, wie kommen die unter Nr. 4 entwickelten Ideen im Zwangsvollstreckungsverfahren zum Ausdrucke.

1. Gaupp Bd. 2 S. 32 und mit ihm zahlreiche Andere stellen die Behauptung auf, daß die Entscheidung, wie gegen den Veräußerer, so auch für ihn vollstreckbar sei. Diese Behauptung ist indessen nur bedingungsweise richtig.

Zunächst ist allerdings zuzugeben, daß dem Beklagten Einwendungen dagegen, daß dem Veräußerer die Vollstreckungsklausel er-

theilt wird (§ 668, 687 C.P.O.), nicht zustehen; unter den Einwendungen, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, sind solche zu verstehen, welche deren Voraussetzungen in Zweifel ziehen, das aber sind Rechtskraft oder vorläufige Vollstreckbarkeit § 644 Abs. 1, Eintritt der die Verurtheilung bedingenden Thatsache und dessen Nachweis durch öffentliche Urkunde § 664, die Rechtsnachfolge und deren Gerichtskundigkeit oder Nachweis durch öffentliche Urkunde § 665; nicht also gehört dahin die Aktivlegitimation des Vollstreckungssuchers schlechthin, sie erhellt aus dem Urtheile und es bedarf einer besonderen Legitimation als Voraussetzung der Vollstreckungsklausel nur dann, wenn der Vollstreckungssucher ein anderer als der im Urtheile bezeichnete Gläubiger ist.

Der Veräußerer erhält also Vollstreckungsklausel, aber dem Schuldner erwächst hieraus kein Nachtheil; es muß ihm jetzt verstattet sein, gemäß § 686 C.P.O. im Wege besonderer Klage dem Vollstreckungssucher gegenüber den Einwand, daß er in Folge der Veräußerung nicht mehr Gläubiger sei, daß vielmehr der durch das Urtheil festgestellte Anspruch in seiner Person untergegangen sei, geltend zu machen. Denn es ist „keinerlei Grund vorhanden, das künstliche Verhältniß des § 236 in die Zwangsvollstreckung zu übertragen“ Wach, Abh. S. 794; in ihm entfällt die ratio legis, denn die Rechtspflichten, vor deren Uebernahme durch einen Anderen das Recht den Gegner schützen will, haben sich im Verfahren bis zur Urtheilsfällung erschöpft. Im Zwangsvollstreckungsverfahren kommt also das wahre Sachverhältniß, welches den Rechtsnachfolger als den ausschließlich Berechtigten anerkennt, voll zur Erscheinung. Schief daher Wengler's Arch. 1881 S. 516.

Hat der Schuldner nach § 686 Klage erhoben, so schützt ihn die Sistirung der Zwangsvollstreckung gemäß § 688 vor weiterer materiell unberechtigter Exekution.

2. Der Rechtsnachfolger des Klägers erhält Vollstreckungsklausel, wenn er die Rechtsnachfolge durch öffentliche Urkunden nachweisen kann oder wenn dieselbe notorisch ist, § 665, 667.[29])

Kann der Rechtsnachfolger diesen Nachweis nicht erbringen, so

[29]) Der Rechtsnachfolger erhält, ebenso wie die Partei selbst, die Vollstreckungsklausel auch dann, wenn das Urtheil nur ein vorläufig vollstreckbares war, nur ist er dann, wenn später das Urtheil aufgehoben und die Klage rechtskräftig abgewiesen wird, nunmehr, da das Urtheil gegen ihn wirksam ist, zur Rückgewährung verpflichtet.

muß er bei dem Prozeßgerichte erster Instanz auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel klagen, § 667.

Dem Rechtsnachfolger gegenüber hat der Exequendus Einwendungen doppelter Art:

a) solche, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen; der Schuldner bestreitet also die Rechtsnachfolge oder bemängelt deren Beweis.

Das zuständige Forum für Einwendungen solcher Art ist dasjenige Gericht, dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel ertheilt; es entscheidet über sie „der Vorsitzende,“ wenn er den Schuldner gemäß § 666 hört, oder aber „das Gericht,“ wenn trotz solchen Gehöres oder ohne dasselbe die Vollstreckungsklausel ertheilt ist, § 668. Die mündliche Verhandlung ist stets fakultativ, demgemäß aber auch die Entscheidung, welche lediglich die Frage betrifft, ob zu vollstrecken ist oder nicht, nur provisorisch.

Außerdem und zwar auch dann, wenn der eben gedachte Weg erfolglos beschritten ist, kann der Schuldner, wenn ihm an definitiver Entscheidung über die Rechtsnachfolge auf Grund kontradiktorischer Verhandlung liegt, gemäß § 687 Klage bei dem Prozeßgerichte erster Instanz erheben.

b) solche, welche den urtheilsmäßig festgestellten Anspruch selbst betreffen.

Solche materielle Einreden können auf einer rechtsverändernden Disposition des Rechtsnachfolgers beruhen oder aber ein Gegenrecht aus seiner Person geltend machen; beiderlei Einwendungen, deren Geltendmachung ihm (wie unter § 3 V auszuführen versucht worden ist) lite pendente versagt war, kann der Schuldner, ohne daß ihn die Präklusion des § 686 Abs. 2 träfe, in der Zwangsvollstreckungsinstanz geltend machen, und das aus denselben Gründen, aus welchen er die Aktivlegitimation des zedirenden Klägers nunmehr bestreiten kann.

Das Forum ist das Prozeßgericht erster Instanz; der Schuldner macht sie geltend durch Klageerhebung gemäß § 686 C.P.O. oder aber durch einredeweise Vertheidigung gegenüber der Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel gemäß § 667 C.P.O. Das Letztere ist zwar nicht unbestritten, wird aber von der herrschenden Meinung (vgl. die Kommentare von v. Wilmowski-Levy, Gaupp, Struckmann-Koch, Seuffert, v. Sarwey zu § 667, auch Wach Hdb. S. 530) vertheidigt; mit Recht bemerkt v. Sarwey a. a. O. Bd. 2 S. 125, daß es ein bloßer Formalismus wäre, dem Schuldner

die Geltendmachung seiner Einwendungen hier zu versagen und ihn auf den Weg neuer Klage, einer Klage, welche zudem vor dasselbe Gericht gehörte, zu verweisen; auch könnte sich der Gläubiger nicht bei Zulassung der Vertheidigung über eine Beeinträchtigung seiner Lage beschweren: allerdings wird durch dieselbe die Ertheilung der Vollstreckungsklausel verzögert, aber auch die Klage nach § 686 wird regelmäßig die Sistirung der Zwangsvollstreckung nach § 688 zur Folge haben und so den Lauf der Exekution aufhalten.

Hat der Beklagte es aber unterlassen, seine Einwendungen in dem Verfahren nach § 667 vorzubringen, so wird man anzunehmen haben, daß dieselben nach § 686 Abs. 2 präkludirt sind und daher nicht mehr im Wege der Klage geltend gemacht werden können. Anderer Ansicht jedoch das Reichsgericht in Entsch. Bd. 11 S. 435.

§ 5. III. Die Ausnahmen.

1. Die Ausnahmefälle des § 237 der Civilprozeßordnung.

Von den vorstehend entwickelten Grundsätzen statuirt die C.P.O. wichtige Ausnahmen; zunächst ist nach § 237 dann, wenn über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, welche auf einem Grundstücke ruhen soll, zwischen dem Besitzer und einem Dritten ein Rechtsstreit anhängig ist, im Falle der Veräußerung des Grundstücks der Rechtsnachfolger berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen.[30])

I. Es sind zunächst die Voraussetzungen, von denen § 237 ausgeht, zu erörtern:

1. Rechte, welche für ein Grundstück in Anspruch genommen werden, (im offenbaren Gegensatze zu solchen Rechten, welche für eine Person in Anspruch genommen werden) sind solche, welche derartig mit einem Grundstücke verknüpft sind, daß sie Jedem zustehen, der zu demselben in einem gewissen rechtlichen Verhältnisse steht;

---

[30]) Nach den Motiven soll § 237 „der schon im römischen Recht (vgl. Wetzell Ausg. 3 S. 44 N. 8) zum Ausdruck gebrachten Anschauung, daß das Grundstück als das berechtigte oder verpflichtete Subjekt und der Besitzer (Eigenthümer, Vasall, Erbpächter 2c.) als dessen Vertreter anzusehen sei, kongruiren." Mit Recht bemerkt Mandry S. 243 ff., daß damit nicht die über die Auffassung dieser Rechte bestehende materiellrechtliche Kontroverse (vgl. Windscheid § 201 bei Note 5 u. 6) autoritativ entschieden sei.

daß dieses Verhältniß „Besitz" sei, wie man daraus könnte schließen wollen, daß § 237 von einem zwischen dem Besitzer und einem Dritten anhängigen Rechtsstreite spricht, ist keineswegs erforderlich; das Wort „Besitzer" ist hier sowenig wie in § 73 Abs. 1 in seiner juristisch technischen Bedeutung zu verstehen, sondern umfaßt „alle durch ihr Verhältniß zur Sache, sei dies Eigenthum oder publizianischer Besitz oder Erbpacht oder gutgläubiger Besitz 2c. aktiv oder passiv zur Sache (nicht wie Seuffert Anm. 2 zu § 237 meint: zum Prozeß) Legitimirten."

Das Verhältniß jenes prinzipalen Rechtsverhältnisses zu dem den Streitgegenstand bildenden akzessorischen Rechtsverhältnisse ist vergleichbar nicht sowohl dem Verhältnisse von Haupt- und Nebensache, als vielmehr dem von Hauptsache und Zubehörung: das akzessorische Rechtsverhältniß hat neben dem prinzipalen seine gesonderte rechtliche Existenz (vgl. Windscheid Bd. 1 § 209 Note 2), aber die Disposition über das erstere ist zugleich Disposition über das letztere, erwirbt der Rechtsnachfolger das Eigenthum am Grundstücke, so erwirbt er mit rechtlicher Nothwendigkeit die mit dem Eigenthume an diesem Grundstücke verknüpften Rechte. Windscheid a. a. O. Note 1. Daraus erhellt, daß es sich hier in der That um Fälle echter Litigiosität handelt, welche ohne die Sonderbestimmung des § 237 den in § 236 entwickelten Grundsätzen unterständen. Irrig Arndt S. 337.

Die hierher gehörigen Rechte können dingliche und obligatorische sein; unter ersteren sind zu nennen die Prädialservituten, unter den letzteren namentlich die actio aquae pluviae arcendae und die nach deutschem Rechte begründeten Realrechte, mögen sie auf öffentlichrechtlichem oder privatrechtlichem Titel beruhen.

2. Entsprechend dem vorstehend entwickelten Begriffe der Rechte, welche für ein Grundstück in Anspruch genommen werden, hat man unter den Verpflichtungen, welche auf einem Grundstücke ruhen, alle diejenigen zu verstehen, bei denen sich die Passivlegitimation durch ein bestimmtes Rechtsverhältniß zum Grundstücke bestimmt; vorausgesetzt wird dabei allerdings, daß das Grundstück nicht in seiner Totalität in Anspruch genommen wird, denn solchenfalls ist dasselbe Objekt der streitigen Verpflichtung und könnte unmöglich als deren Subjekt angesehen werden;[31]) daher gehören nicht

[31]) Damit ist natürlich nicht gesagt, daß in den übrigen Fälle jene an sich mögliche Auffassung die richtige ist.

vindicatio und hereditatis petitio, wohl aber Personal-
lservituten, Emphyteuse, Superfizies, Lehnrecht, Erbpacht;
Hypothek und die Reallasten; auch die Klagen aus dem
ge gehören hierher, soweit derselbe partikularrechtlich
Wirkung hat (sei es in Folge Eintrages im Grundbuche,
solche), soweit also das gemeinrechtliche Prinzip: „Kauf
he" durchbrochen ist,[32]) nicht dagegen die Theilungsklagen,
rfolgen weder ein Recht, welches als ein Annexum des
gitimation begründenden dinglichen Rechtsverhältnisses
erden könnte, noch machen sie eine Verpflichtung geltend,
eine Beschränkung des die Passivlegitimation begründen-
verhältnisses erschiene: die Auflösung dieses Rechtsver-
lbst, des am Grundstücke bestehenden condominium ist ihr
hl aber wäre die Auffassung, das Grundstück selbst als
actio finium regundorum anzusehen, eine immerhin mög-
Gaupp Bd. 2 S. 36, v. Wilmowski-Levy Anm. 2 zu
emann Bd. 2 S. 28, A. A. v. Sarwey Anm. 3 zu § 237.
iese Rechte mit der actio confessoria verfolgt werden,
Freiheit des Eigenthumes von Verpflichtungen der ge-
t mit der actio negatoria geltend gemacht wird; ob der
g auf Verurtheilung oder auf Feststellung des Bestehens
estehens des streitigen Rechtsverhältnisses geht, ist irrele-
n nur ein Rechtsverhältniß der gedachten Art objektiv
stand ist. Vgl. Gaupp Bd. 2 S. 36.

oraussetzung des § 237 ist eine doppelte:

muß über eine Berechtigung oder Verpflichtung der ge-
t ein Rechtsstreit anhängig geworden, also Klage erhoben

muß während der Rechtshängigkeit der Besitzer (sei es
r Beklagter) den die Aktiv- oder Passivlegitimation be-
Besitz des Grundstückes auf eine andere Person über-
en. Irrig nimmt Endemann Bd. 2 S. 28 Anm. 2 an,
räußerer nicht nothwendig der Besitzer, also nicht noth-
Prozeßpartei sein müsse. Dagegen Gaupp Bd. 2 S. 36.
für das römische Recht l. 1 § 1 Dig. 44, 6.

über diese Frage Arndt S. 333; Dernburg Bd. 1 § 132 Anm. 4
rster-Eccius Bd. 1 § 87 Anm. 17; Wilmowski-Levy Anm. 2 zu § 237

II. Treffen diese Voraussetzungen zu, so ist zunächst der Rechtsnachfolger berechtigt, den Rechtsstreit in der Lage zu übernehmen, in welcher er sich befindet.

Schon hieraus folgt, daß die Veräußerung nicht das Verfahren unterbricht, wie der Tod der Partei (§ 217): derselbe geht vielmehr zwischen den ursprünglichen Parteien weiter, bis ihn der Rechtsnachfolger übernimmt (nicht aufnimmt). Gaupp Bd. 2 S. 37.

Die Uebernahmeerklärung kann nur in der mündlichen Verhandlung erfolgen § 119 C.P.O. Das Verfahren ist nach allgemeinen Grundsätzen folgendes:

1. Zur Abgabe jener Erklärung kann der Rechtsnachfolger einen bereits zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termin benutzen; ist ein solcher nicht anberaumt, so läßt er sich Termin zur Abgabe der Uebernahmeerklärung und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache[33]) bestimmen und ladet den Gegner zu demselben.

2. Die Uebernahme ist perfekt mit der Erklärung in der mündlichen Verhandlung (Schollmeyer, der Zwischenstreit S. 114); widerspricht ihr daher der Gegner nicht, so bedarf es nunmehr nicht erst eines die Uebernahme wirkenden Zwischenurtheiles.

a) Widerspricht ihr aber der Gegner, so liegt ein „Zwischenstreit"[34]) (Streit über die Parteienqualität) vor; der Rechtsnachfolger hat die Voraussetzungen § 237, soweit sie bestritten und nicht gerichtskundig sind, nachzuweisen. Gelingt ihm dieser Nachweis nicht und weist demgemäß das Gericht den Antrag auf Prozeßübernahme zurück, so hat es diese Entscheidung durch Endurtheil, das demgemäß selbständig durch Berufung und Revision anfechtbar ist, auszusprechen, denn eine solche Entscheidung erledigt den materiellen Anspruch des Dritten gegen den Gegner endgültig; andernfalls kann das Gericht gemäß § 275 C.P.O. Zwischenurtheil erlassen oder aber die Entscheidung dem Endurtheile vorbehalten. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 11 S. 318.

In jenem Zwischenstreite kann sich die andere Partei auf Seite

---

[33]) Das gilt hier wie im Falle des § 217 Abs. 2, denn wohl kann das Gericht, nicht aber die Partei die mündliche Verhandlung auf die Prozeßübernahme beschränken.

[34]) Es kann hier nicht der Ort sein, auf den Begriff desselben einzugehen; daß hier in der That ein Zwischenstreit (i. S. der Civilprozeßordnung ein Inzidentstreit über prozessualische Rechte und Pflichten) vorliegt, wird, soweit ich sehe, nicht bestritten.

snachfolgers oder des Gegners stellen, sie braucht sich aber nicht zu betheiligen; jedenfalls aber ergeht einheitliche eien bindende Entscheidung über die Zulässigkeit der Prozeß-e.

rhebt sich ein solcher Zwischenstreit, so wird das Prozeß-gelmäßig bis zu seiner Erledigung gemäß § 139 C.P.O. tprozeß sistiren, das schon um deswillen, weil im Zwischen- Frage entschieden wird, ob in der That der Rechtsnach-ch die Uebernahmeerklärung Partei geworden ist, mithin Frage bejaht würde, die späteren Rechtshandlungen der ichen Partei, welche eben im Momente der erklärten ne aufhörte, Partei zu sein, nichtig wären. Indessen die Heilung derselben durch Ratihabition denken. Jeden- kann, wie mit Sicherheit aus dem arg. e contr. des schlossen wird, auch in den Fällen des § 237 der Gegner der Veräußerung den Einwand mangelnder Sachlegiti-rleiten.[35])

ie steht es nun im Versäumnißfalle?

leibt der Gegner aus, so gilt nach allgemeinen Rechts-n (§ 296 C.P.O.) die behauptete Rechtsnachfolge als zu- dagegen die beantragte Prozeßübernahme als bestritten. gt daher das thatsächliche mündliche Vorbringen des an-Rechtsnachfolgers die Prozeßübernahme nach § 237 nicht, sie durch Endurtheil zurückgewiesen; andernfalls ergeht Gegner Versäumnißurtheil. Dasselbe ist als Versäumniß-theil nur dann denkbar, wenn die mündliche Verhandlung ch auf den Zwischenstreit beschränkt war (§ 312 Abs. 2), bereits in einem früheren Termine Streit über die Rechts- entstanden und der nächste Termin ausdrücklich nur zur ung des Zwischenstreites anberaumt war oder wenn die Verhandlung der Hauptsache in dieser Instanz bereits war; in allen anderen Fällen ergeht gegen ihn zugleich

A. Gaupp Bd. 2 S. 37, der zu dem wunderlichen Resultate kommt, egner gleichzeitig im Zwischenstreite dem Rechtsnachfolger gegenüber ion bestreiten (mit „Nichtwissen beantworten") kann, sodaß sie ihm n werden muß, während er im Hauptprozesse dem Veräußerer den mangelnder Sachlegitimation entgegensetzt, auf Grund dessen er dann achfolge nachzuweisen hat.

Versäumnißurtheil zur Hauptsache, denn zur Verhandlung über sie war er geladen.

b) Erscheint dagegen der Rechtsnachfolger nicht, so ergeht gegen ihn Versäumnißurtheil, welches unter allen Umständen Versäumnißendurtheil ist.

Anderer Ansicht ist Seuffert S. 286: ein Versäumnißurtheil gegen den Rechtsnachfolger sei nicht möglich, „denn es ist noch kein Antrag da, welcher abgewiesen werden könnte". Allerdings ist Seuffert insoweit beizupflichten, als Versäumnißurtheil zur Hauptsache nicht möglich ist, denn ein solches würde voraussetzen, daß der angebliche Rechtsnachfolger bereits Partei wäre, das aber wird er erst durch seine Erklärung in der mündlichen Verhandlung; das Versäumnißurtheil weist nur die Prozeßübernahme zurück, steht also inhaltlich dem Endurtheile gleich, welches den Zwischenstreit beendet, und ergeht, weil der Rechtsnachfolger den Beweis für das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 237 schuldig geblieben ist.

III. Der Rechtsnachfolger ist aber nicht nur zur Prozeßübernahme berechtigt, er ist hierzu auch auf Antrag des Gegners verpflichtet.

Das prozessuale Verfahren verläuft in diesem Falle nach den unter II entwickelten Grundsätzen.

Der Gegner ladet den Rechtsnachfolger zur Uebernahme des Rechtsstreites und zugleich zur mündlichen Verhandlung der Hauptsache. Erscheint der Geladene und gesteht er die Rechtsnachfolge zu, so bedarf es nunmehr nicht erst eines Zwischenurtheiles; bestreitet er aber die Rechtsnachfolge, so hat sie der Gegner zu beweisen und es ergeht je nach Ausfall Zwischenurtheil, welches den Rechtsnachfolger zur Prozeßübernahme verurtheilt, oder Endurtheil, welches den Antrag des Gegners abweist. Mit dem letztgedachten Falle beschäftigt sich speziell die angezogene Reichsgerichtsentscheidung.

Erscheint der Gegner oder der Rechtsnachfolger nicht, so ergeht gegen den Säumigen Versäumnißurtheil zur Hauptsache; insbesondere ist bei der Versäumniß des Rechtsnachfolgers nicht aus der singulären, der Logik des Rechtsganges widerstreitenden und auch vom praktischen Standpunkte aus hochbedenklichen Vorschrift des § 217 Abs. 4 C.P.O. zu folgern, daß nunmehr erst durch Versäumnißurtheil auszusprechen ist, daß der Rechtsstreit vom Rechtsnachfolger übernommen ist, und daß erst nach der Rechtskraft dieses Zwischenurtheiles die Verhandlung zur Hauptsache statthaft ist: die Versäumniß des

folgers wirkt die poena confessi der Rechtsnachfolge und
mit die Voraussetzung zur Verurtheilung in der Hauptsache.
Uebernimmt der Rechtsnachfolger den Prozeß, so gilt be=
ner das § 4 I Bemerkte; er haftet also namentlich auch
er vor seinem Eintritte erwachsenen Kosten. Nur auf die
noch einzugehen: haftet der Rechtsvorgänger dem Gegner
s zum Wechsel der Prozeßsubjekte erwachsenen Kosten?
nicht die im Streite zwischen dem Rechtsnachfolger und
er ergangene Kostenentscheidung gegen ihn wirksam ist,
h von selbst; jenes Urtheil wirkt nur gegen den Partei
n Sukzessor, nicht (weder in der Sache noch in der Kosten=
g) gegen den Auktor; jener Kostenerstattungsanspruch müßte
im besonderen Prozesse verfolgt werden.
rend v. Sarwey und Petersen annehmen, daß der Rechts=
stets auf die bis zum Wechsel der Prozeßsubjekte aufge=
Kosten haftet, machen Seuffert und Gaupp diese Haftung
ängig, daß der Rechtsnachfolger wider Willen des Gegners
ozeß eingetreten sei; Seuffert begründet seine Meinung
s ein Dritter nicht gegen den Willen des Gläubigers an
ursprünglichen Schuldners gesetzt werden könne; ähnlich
pp, daß die Bestimmungen des § 237 nur die Wirkungen
ssion, nicht aber der Expromission begründen.
diese Meinungen werden hinfällig durch die Erwägung,
Kostenpflicht erst durch die Entscheidung selbst begründet
ist nach Auffassung der C.P.O. die nothwendige Folge des
ns in der Hauptsache.[36])
Urtheil als Kostenentscheidung ist nicht deklaratorische
sondern konstitutiv. Daher kann der Gegner bezüglich der
r den zu ihrer Erstattung verurtheilten Rechtsnachfolger
ch nehmen: nicht aus der Kostenentscheidung an sich, son=
Grund allgemeiner civilrechtlicher Grundsätze entscheidet sich
ob bez. aus welchem Rechtsgrunde der Gegner bez. der

---

e die Kostenentscheidung in der That Entscheidung über einen im
folgten sekundären Anspruch, welcher also dann nicht erst in der
Rechtsnachfolgers entstände, sondern in welchen dieser nach seiner
passiven Seite zugleich mit der Prozeßübernahme sukzedirte (Seuffert
wäre es undenkbar, daß das Gericht über die Kostenfrage ohne An=
he § 279 Abs. 2 C.P.O. Vgl. auch Wengler's Arch. C. 1884. S. 754 ff.

Rechtsnachfolger von dem Rechtsvorgänger, bez. dieser von seinem Sukzessor Ersatz der gehabten Kosten beanspruchen kann.

V. Hat weder der Rechtsnachfolger, noch der Gegner von seiner Befugniß, einen Wechsel der Prozeßsubjekte zu erzwingen, Gebrauch gemacht, so leiden nunmehr (da, wie bereits bemerkt, in den Fällen des § 237 stets die Veräußerung einer res litigiosa in Frage ist) die allgemeinen Grundsätze des § 236 Anwendung; das folgt schon daraus, daß der Gegner von der Befugniß des § 237 möglicher Weise keinen Gebrauch machen konnte, weil er um die Veräußerung nicht wußte oder weil ihm der Rechtsnachfolger unbekannt war. A. A. v. Sarwey Anm. 7 Nr. 1 zu § 237.

Solchenfalls ist das Urtheil auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar; deshalb ist er aber auch interventionsberechtigt, Wach, Hdb. S. 622, ohne daß die Beschränkung des § 236 Abs. 2 Satz 3 Platz griffe, denn der Grund für dieselbe (dem Rechtsnachfolger als Nebenintervenienten nicht Parteirechte beizulegen) ist hier (wo es lediglich von seinem Willen abhängt, ob er Partei werden will) weggefallen.

§ 6. 2. Die Ausnahmefälle des § 238 der Civilprozeßordnung.

Wie bereits bemerkt, macht die C.P.O. die Rechtskraftswirkung der Sachentscheidung gegenüber dem Rechtsnachfolger, und ebenso die Verpflichtung des letztern, in den Fällen des § 237 auf Antrag des Gegners den Prozeß zu übernehmen, keineswegs davon abhängig, daß sich der Rechtsnachfolger in mala fide befand; jene Wirkungen sind vielmehr objektiver Natur und erklären sich nur daraus, daß das Gesetz eine objektive Einwirkung des Prozeßbeginns auf das materielle Rechtsverhältniß (vergleichbar einer dinglichen Belastung des letzteren) annimmt; die Bestimmungen § 236 Abs. 3 u. § 237 sind sonach lediglich die Konsequenzen des Satzes, daß das materielle Rechtsverhältniß mit allen seinen Vorzügen und Beschränkungen auf den Rechtsnachfolger übergeht.

Nun kennt das Civilrecht aber Fälle, in denen die vindicatio gegen den Sukzessor, obwohl der Auktor nicht Eigenthümer war, doch nur eine beschränkte ist, ja Fälle, in denen der Rechtserwerb unabhängig von einem Mangel im Rechte des Auktors ist, in denen der Rechtsnachfolger originär ein vollwirksames Recht erwirbt, ob-

wohl dem Auktor dieses Recht überhaupt nicht oder doch nur als ein beschränktes zustand.

Insoweit dies der Fall ist, also die ausnahmslose Durchführung der prozessualischen Bestimmungen mit den materiell-rechtlichen Vorschriften über den Rechtserwerb kollidiren würde, sollen die ersteren zu Gunsten der letzteren keine Anwendung finden. Das ist der Grundgedanke von § 238 C.P.O., wie er bereits vor derselben in Art. 294 Satz 2 der bayr. C.P.O. und in Art. 237 Abs. 5 der württemberg. C.P.O. ausgesprochen war.

I. Als hier in Frage kommende Bestimmungen des Civilrechts nennt C.P.O.

1. solche über den Erwerb beweglicher Sachen;

2. solche über den Erwerb auf Grund des Grund- und Hypothekenbuches;

3. solche über den Erwerb im guten Glauben.

Die Fälle unter Nr. 1 und 2 haben das Gemeinsame, daß der von Rechten ad 1 an Mobilien, ad 2 an Grundstücken, obwohl er materiell auf Rechtsübertragung beruht, doch vom Rechte als originär angesehen wird; das beruht für die Fälle ad 1 auf der Fortbildung des germanischen Rechtsgedankens „Hand muß Hand wahren" v. Gerber, System des deutschen Privatrechts § 102 (vgl. für das Reichsrecht: § 306, 307 H.G.B.'s, für das Partikularrecht: preuß. A.L.R. I 15 § 42 ff., I 2 § 138, sächs. G.B. § 296, 297); für die Fälle ad 2 auf dem Grundsatze der Publizität unserer Grund- und Hypothekenbücher (preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872 § 9 verb. § 4, § 38; sächs. Hypothekengesetz vom 6. November 1843 § 22, das dort erwähnte Prinzip ist zwar im G.B. nicht ausdrücklich wiederholt, die Bestimmungen § 276, 387, 429 sind jedoch lediglich Konsequenzen aus demselben).

Regelmäßig setzt dieser originäre Rechtserwerb den guten Glauben des Erwerbers voraus;[37]) soweit aber dem gutgläubigen Erwerb

[37]) Was guter Glaube sei, bestimmt sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen; nicht beizupflichten ist der Meinung von Gaupp Bd. 2 S. 39; Endemann Bd. 2 S. 29, daß die Wissenschaft des Erwerbers von der Rechtshängigkeit den guten Glauben nicht ausschließe; trotz solcher Wissenschaft kann der Rechtsnachfolger zwar der Ueberzeugung sein, daß der Auktor Eigenthümer war und er folglich, da die Veräußerung nach § 236 Abs. 1 gültig ist, selbst Eigenthümer geworden ist; aber immerhin weiß er dann um die besondere Rechtslage der veräußerten Sache und muß die Konsequenzen aus derselben gegen sich gelten lassen.

materiellrechtlich eine besondere Bedeutung beigemessen wird, erschöpft sie sich nicht in den gedachten Bestimmungen; das Partikularrecht kennt Fälle, in denen der gutgläubige Erwerber das Recht zwar nicht mit originärer Wirkung erwirbt, aber doch unabhängig vom Rechte seines Auktors gewisse Rechtsvortheile genießt. Bestimmungen dieser Art sind die unter Nr. 3 gedachten; so namentlich preuß. A.L.R. I 15 § 24—26, wonach die Sache zwar auch vom gutgläubigen Erwerber vindizirt werden kann, dieser aber zur Herausgabe der Sache nur gegen Ersatz des gezahlten Kaufpreises verpflichtet ist, sächs. G.B. § 315.

II. Die civilrechtlichen Bestimmungen schließen die Anwendbarkeit des § 236 Abs. 3, § 237 nicht unbedingt, sondern nur insoweit aus, als sie ihnen entgegenstehen; hat daher der Gegner den Erwerb von Grundbuchsrechten durch den Eintrag einer Protestation oder Vormerkung rechtsunwirksam gemacht, so verbleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen der Litigiosität; im Falle des A.L.R. I 15 § 24—26 ist das Urtheil, welches das Eigenthum des Gegners bejaht, auch gegen den gutgläubigen Erwerber vollstreckbar, aber diesem steht es frei, in der Zwangsvollstreckungsinstanz sein Gegenrecht auf Erstattung des Kaufpreises geltend zu machen.

Soweit jedoch die Anwendbarkeit von § 236 Abs. 3, § 237 ausgeschlossen ist, gilt nunmehr Folgendes:

1. Das Verhältniß der Prozeßparteien in Beziehung auf den schwebenden Streit wird durch die Veräußerung unmittelbar nicht alterirt, dieselbe unterbricht hier so wenig wie in den Fällen der §§ 236, 237 das Verfahren, denn die Anwendbarkeit des § 236 Abs. 2 in den Fällen des § 238 wird vom Gesetze nicht für ausgeschlossen erklärt. Aber während in den dort gedachten Fällen die Veräußerung weder auf das prozessuale Verfahren noch auf die materielle Beurtheilung der Sachlage einen Einfluß ausübt, ist es dem Beklagten hier gestattet, dem Kläger, welcher die im Streite befangene Sache veräußert oder den geltend gemachten Anspruch zedirt hat, den Einwand der nunmehr mangelnden Sach- (Aktiv-)legitimation entgegenzusetzen § 238 Satz 2, und zwar um deswillen, weil der Beklagte nach Versagung der Rechtskraftwirkung gegen den Erwerber nicht mehr vor einer Doppelverurtheilung geschützt ist. Mit dem Einwande, daß Kläger in Folge der Veräußerung nicht mehr sachlich legitimirt sei, behauptet der Beklagte eine rechtsvernichtende, also eine Einrede-Thatsache, hat demgemäß zu beweisen, daß Kläger ver-

äußert und daß der Erwerber ein vom Rechte seines Auktors unabhängiges Recht erworben hat.

Hat der Beklagte die im Streite befangene Sache veräußert, so steht einer Fortführung des Prozesses nichts im Wege, denn daß der Beklagte nicht etwa aus der Veräußerung für sich den Einwand nunmehr ihm mangelnder Passivlegitimation herleiten kann, versteht sich von selbst. Dem Kläger aber, der an der condemnatio in rem ipsam kein Interesse mehr hat, weil er das siegreiche Urtheil nicht gegen den Erwerber zur Vollstreckung bringen kann, steht es frei, in Gemäßheit von § 240 Nr. 3 C.P.O. dem Klageanspruch auf Naturalleistung die Interesseforderung zu substituiren.

2. Für das Verhältniß des Prozeßgegners zum Rechtsnachfolger ist Folgendes zu bemerken:

a) Was das Verhältniß des Rechtsnachfolgers zum anhängigen Rechtsstreite betrifft, so schließt § 238 die Anwendbarkeit des § 237, nicht dagegen die des § 236 Abs. 2 aus.

Der Erwerber ist also weder ohne Einwilligung des Gegners berechtigt, noch auf dessen Antrag verpflichtet, den Prozeß als Hauptpartei zu übernehmen; er ist hierzu nicht verpflichtet, denn die an der Sache haftenden Verbindlichkeiten treffen ihn nicht, noch ist er hierzu berechtigt, denn der Gegner braucht sich nicht einen neuen Gegner mit selbständigem vom Rechte seines Auktors unabhängigen Rechte, den er vielleicht nicht würde verklagt haben, bez. von dem er sich nicht würde verklagt haben lassen, aufdrängen zu lassen. v. Wilmowski-Levy Anm. 1 Abs. 3 zu § 238, Seuffert Anm. 3 zu § 238.

Ist der Prozeß nun unter den ursprünglichen Parteien weitergeführt und durch Sachentscheidung erledigt worden, so ist diese weder für, noch gegen den Erwerber wirksam und vollstreckbar. Gaupp Bd. 2 S. 40, v. Wilmowski-Levy Anm. 1 Abs. 3 zu § 238 nehmen an, daß, weil § 238 ausdrücklich nur die Anwendbarkeit des § 236 Abs. 3 ausschließe, dagegen § 665 ganz allgemein von den Rechtsnachfolgern des im Urtheile bezeichneten Gläubigers spreche, (während ausdrücklich hervorgehoben wird, daß die Vollstreckungsklausel nur unter Berücksichtigung der §§ 236—238 gegen den Rechtsnachfolger des Schuldners zu ertheilen sei), daß die Vollstreckbarkeit der Sachentscheidung nur gegen, nicht für den Rechtsnachfolger ausgeschlossen sei; dabei wird übersehen, daß von rechtskräftiger Entscheidung über das Recht des Erwerbers überhaupt nicht die Rede sein kann, weil dieses nicht eadem res, also mit dem Streitgegenstande nicht identisch ist.

Fehlt sonach die Rechtskraftwirkung gegen den Erwerber, so fehlt damit auch dessen rechtliches Interesse am Obsiege der veräußernden Partei; er ist daher nicht berechtigt, am schwebenden Prozesse als Nebenintervenient theilzunehmen. Wach, Hdb. S. 622.

b) Mit der Rechtskraftwirkung entfällt auch die sich auf den Rechtsnachfolger erstreckende Wirkung der Rechtshängigkeit; da bei Veräußerungen seitens des Klägers der Beklagte eine Doppelverurtheilung nicht zu fürchten hat, (weil ihm gegen die Erstkläger der Einwand mangelnder Sachlegitimation zusteht), andererseits der Rechtsnachfolger das im Prozesse ergangene Urtheil nicht zu seinen Gunsten geltend machen kann, muß es ihm freistehen, schon während der Rechtshängigkeit sei es den Erstbeklagten mittelst besonderer Klage, sei es beide Parteien des Erstprozesses mit der Klage um Hauptintervention zu belangen, denn mit dem § 236 Abs. 3 entfällt auch der Grund für das Verbot der Hauptintervention in § 236 Abs. 2 Satz 2. Seuffert, Anm. 4 lit. c. zu § 236. A. A. Gaupp und v. Wilmowski-Levy.

Beiträge zur Erläuterung und Würdigung

des

Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

3.

Das Familien- und Erbrecht des Entwurfs zum bürgerlichen Gesetzbuche.

Von Herrn Dr. Kloeppel, Rechtsanwalt beim Reichsgericht in Leipzig.

(Schluß.)

IV.

Das eheliche Güterrecht ist ein schlagendes Beispiel für die Beobachtung, daß ein Rechtsstoff eine um so lebhaftere Behandlung erfährt, je mehr er rein positiv ist, d. h. je weniger die natürlichen Bedingungen des Verhältnisses der rechtlichen Gestaltung eine feste unabweichliche Richtschnur gezogen haben. In währender Ehe, wenn sie von der „rechten ehelichen Gesinnung“ getragen wird, ist es für die Ehegatten ganz gleichgültig, nach welchem „Gütersystem“ sie leben. In einer vollen Lebensgemeinschaft ist es unmöglich, mit Mein und Dein zu rechnen, und Geschenke haben nur den Sinn besonderer Liebesbeweise. Ein Ziel des Eigennutzes

können sie nur dann werden, wenn der Gedanke schon nach der Auflösung der Ehe gerichtet ist. Die angeblich sittlichen Gründe für das römische Verbot der Schenkungen unter Ehegatten sind nur auf die unsittlichste Scheidungsfrechheit gepfropft, und die Zähigkeit, mit welcher die deutschen Romanisten bis ins sächsische bürgerliche Gesetzbuch hinein daran gehalten haben, dem deutschen Volke diese seiner Anschauung eben so fremde, wie seiner rechtlichen Behandlung des Ehebandes entbehrliche „Sittlichkeit" aufzuzwingen, beweist nur wieder ihre gänzliche Befangenheit in dem Gedankenkreise ihrer „Quellen". Das preußische Landrecht hat auch hier das Verdienst, die deutsche Anschauung in ihr Recht wieder eingesetzt zu haben. Das französische Gesetzbuch erklärt die Schenkungen unter Ehegatten doch nur für widerruflich (Art. 1096), so daß sie von Dritten nicht als „nichtig" angegriffen werden können. Uebrigens war dies auch schon der Sinn des späteren römischen Rechts (l. 32 D. 24, 1), was die deutsche Theorie und Praxis nur in Folge der gedankenlosen Anordnung dieses Titels durch die Kompilatoren verkannt haben. Der Entwurf will auch hier den deutschen Rechtsboden von einer fremdländischen Wucherpflanze befreien, indem er das Schenkungsverbot aus den von den Motiven (IV. S. 114) kurz und treffend entwickelten Gründen übergeht.

Es ist der natürliche Beruf des Mannes, für die wirthschaftliche Begründung des Hausstandes zu sorgen; aber als Haupt der Gemeinschaft kann er zu seinen wirthschaftlichen Zwecken, weil sie dem gemeinsamen Hausstande zu Gute kommen, auch das Gut der Frau verwenden. Die Rechtsordnung hat an sich gewiß nicht die Aufgabe, der Frau zu ermöglichen, daß sie auf die Einkünfte ihres Vermögens die Hand lege, bis der Ehemann daraus einen „angemessenen" Beitrag zu den Lasten des Hausstandes „verlangt" (§ 1339) oder bis er vermögenslos und erwerbsunfähig wird (§ 1281). Nur die Rücksicht darauf, daß nicht bei Auflösung der Ehe durch Tod oder Schuld des Mannes die Frau ihr Vermögen durch dessen Leichtsinn oder Unfähigkeit verwirthschaftet finde, führt dazu, sie gegen diesen Verlust durch Rechtsvorschriften für die Dauer der Ehe zu sichern. Sonst aber hat auch für den überlebenden Ehegatten das Güterrechtssystem nur erbrechtliche Bedeutung. So weisen die Motive (IV. S. 188, 189) zutreffend darauf hin, daß der Ehefrau ein Antheil an der ehelichen Errungenschaft ebensowohl auf erbrechtlichem Wege wie durch Errungenschaftsgemeinschaft.

gesichert werden kann; und dasselbe gilt von den Vortheilen, die eine weitergehende Gütergemeinschaft für den einen oder andern Theil haben kann. Daher laufen auch die güterrechtlichen Bestimmungen unscheidbar ins Erbrecht hinüber, soweit sie nicht das Verhältniß zu den Gläubigern betreffen — und dies ist eben die Seite, nach welcher eine Sicherung der Frau gesucht wird, denn jeder wirthschaftliche Mißerfolg des Mannes drückt sich in den ungedeckten Forderungen seiner Gläubiger aus. Hier nun stehen zwei unvereinbare Strebungen gegeneinander, zwischen welchen das positive Recht mehr oder minder willkürlich die Grenzen zu ziehen hat. Die Frau und ihre Angehörigen wollen, daß sie beim Tode oder gar beim Zusammenbruch der Wirthschaft des Mannes ihr Vermögen möglichst unversehrt zurücknehmen könne, im letzteren Falle ist sogar die ganze Unterhaltung des Hausstandes darauf angewiesen. Auf der andern Seite, wenn mit dem ganzen Hausstande auch die Frau an den Erfolgen der Wirthschaft des Mannes Theil hat, kann der in seinen Rechten gefährdete Dritte es nicht billig finden, daß sie jeden Antheil an den Mißerfolgen ablehnt; und diese entstehen zumal bei der heutigen Lage der Volkswirthschaft, bei welcher auch der kleinste Betrieb unausweichlich in die Kreise der Spekulation hineingezogen wird, nicht nothwendig und nicht einmal überwiegend durch ein Verschulden des Mannes. Ferner ist in der heutigen Kreditwirthschaft die Fähigkeit zum Wettbewerbe für jedes Unternehmen dadurch bedingt, daß in gewissem Verhältnisse zu dem darin angelegten Baar- oder Realvermögen der Kredit angespannt und gewährt wird. Hat also der Mann das Vermögen der Frau zur Kreditgrundlage für seinen Betrieb mitverwendet, so ist es für denjenigen, der den Kredit gewährt hat, eine harte Enttäuschung, wenn im Augenblicke der Stockung ihm diese Grundlage entgleitet. Wiederum gehören zu den Gläubigern des Mannes auch diejenigen, welche von seinen verfehlten Spekulationen den Vortheil gezogen haben, die aus seinen Verlusten ihren arbeitslosen Gewinn machen, und die Rechtsordnung kann sie nicht von denjenigen sondern, welche den wirthschaftlichen Entgelt ihrer Forderungen gegeben haben. Die billige Abwägung kann also auch nicht ganz außer Acht lassen, daß es härter ist, einen ganzen Hausstand zu Grunde gehen zu lassen, als bloßen Gewinn zu verkürzen. Eine eheliche Güterordnung, welche zwischen diesen Anforderungen und Rücksichten ohne Härte und Unbilligkeit nach irgend einer Seite hindurchsteuern sollte, gleicht dem Steine der Weisen.

Das eheliche Güterrecht gehört aber, wie die Motive (S. 139) richtig hervorheben, zu denjenigen Rechtszweigen, bei welchen „Gewohnheit und ererbte Ueberlieferung eine Anhänglichkeit erzeugen, welche oft selbst durch die Erkenntniß ihrer Unzweckmäßigkeit nicht zerstört werden kann“ — gerade weil es in seiner ganz positiven Natur recht eigens ein Erzeugniß des Gefühls und des Verstandes gerade dieses Volkes oder Volkskreises ist. Die Verfasser konnten daher weniger als bei irgend einem anderen Theile ihrer Aufgabe daran denken, etwas ganz Neues vorzuschlagen, selbst wenn es sich durch die beste Lösung aller Schwierigkeiten hätte empfehlen können. Andererseits aber war an keiner Stelle dringender geboten, in die unübersehbare Buntscheckigkeit der bestehenden Gebilde, wenn nicht Einheit, die immer für den größten Theil von Deutschland ein ganz Neues gebracht hätte, so doch Uebersichtlichkeit durch Zurückführung auf wenige klar unterscheidbare Grundgestaltungen zu bringen. So blieb nur die Wahl zwischen zwei Wegen, entweder diese Grundgestaltungen in ihrem bisherigen Geltungsgebiete als gesetzliches Gütersystem zu erhalten und ihre Geltung über die kleineren Gebiete der ihnen nächstverwandten unter den geltenden Rechten auszudehnen (sog. Regionalsystem), oder aber neben einem allgemeinen gesetzlichen Güterrechte für das Reich die anderen Hauptsysteme derart im Gesetzbuche zu ordnen, daß den Ehegatten die Möglichkeit gegeben ist, sich durch Vertrag einem dieser Systeme durch Bezugnahme auf den betreffenden Abschnitt des Gesetzbuchs zu unterwerfen (die Motive nennen dies ungenau vertragsmäßiges Güterrecht [S. 134], während auf S. 142 richtig gesagt ist, daß manche Verhältnisse des bisherigen Rechts sich in Ermangelung ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen überhaupt durch Vertrag nicht herstellen lassen; es sind also besondere gesetzliche Systeme, welche nur für diejenigen gelten, die sich ihnen ausdrücklich unterworfen haben, während für alle anderen Ehen auch ohne Verabredung das allgemeine gesetzliche System gelten soll. Mit bestem Grunde hat sich der Entwurf für den letzteren Weg entschieden, den schon das französische Gesetzbuch gegangen ist. In den „Regionen“ würden sich die erhaltenen und auf erweitertem Gebiete gleichartig gewordenen Systeme mit verjüngter und verstärkter Macht der Gewöhnung gegeneinander absperren und jede Aussicht einer weiteren Ausgleichung abschneiden. Der allgemeine gesetzliche Güterstand aber kann, ohne daß die Gewöhnung merklich gestört wird — denn die, welche mit klarem Be-

wußtsein am hergebrachten System hangen, werden den Schritt nicht unterlassen, durch den sie es sich erhalten können, wie z. B. das zähe Festhalten der mit Weimar vereinigten vormals Fuldischen Rhönbauern an ihrer allgemeinen Gütergemeinschaft trotz der als gesetzlicher Güterstand eingeführten Verwaltungsgemeinschaft zeigt — auch dort, wo es neu eingeführt wird, allmählich das Uebergewicht erlangen, wenn die ihm zugeschriebenen Vorzüge sich bewähren. Die gegentheilige Erfahrung würde seine Zweckmäßigkeit überhaupt in Frage stellen, während für die Zweckmäßigkeit der zur Auswahl stehenden Systeme die Erfahrung den Ausschlag geben muß, welches von ihnen sich am festesten behaupten und die meisten Eroberungen außerhalb seines bisherigen Geltungsgebiets machen wird. Die möglichen Bedenken gegen die ganze Anordnung werden sehr gemildert, wenn nicht gehoben, einmal dadurch, daß der zur Auswahl gestellten Systeme im Vergleich mit dem französischen Gesetzbuche nur wenige sind, dann durch die Vorschrift, daß jede vertragsmäßige Abweichung von dem gesetzlichen Güterstande, wenn sie gegen Dritte wirksam sein soll, in das bei jedem Amtsgerichte zu führende eherechtliche Register eingetragen sein muß (§§ 1336, 1435). Damit ist jeder Gläubiger in die Lage gesetzt, sich über das Ehegüterrecht seines Schuldners sicheren Aufschluß zu verschaffen.

Aus der Zahl der Systeme, welche als allgemeiner oder besonderer gesetzlicher Güterstand in Betracht kamen, hat der Entwurf das römische Dotalsystem, welches sich nur den kleinsten Geltungskreis verschafft hatte (3 Millionen nach der Zählung von 1875), ausgeschlossen — diesmal trotz der Bemühungen des allgemeinen Frauenvereins und seiner Verbündeten, gerade dieses System zur allgemeinen Geltung zu bringen. Es wäre verständlich, wenn diese Richtung auch sonst ihr Ideal in der spätrömischen Frauenwelt finden sollte; die deutsche Gesetzgebung wird ihr nicht folgen können, so lange sie — nicht etwa nur an der geschichtlichen Entwicklung des deutschen Rechts (Mot. S. 143) — sondern an deutscher Anschauung von der Stellung der Frauen festhält. Uebrigens heben die Motive (S. 144) zutreffend hervor, daß praktisch das Dotalsystem, wie es in Deutschland Geltung erlangt hat, unschwer mit dem der Verwaltungsgemeinschaft zu vereinigen ist. Zu diesem kommen die drei Hauptgestalten der Gütergemeinschaft als allgemeine, Mobiliar- und Errungenschaftsgemeinschaft und die völlige Gütertrennung, die zwar nirgend gesetzlich gegolten hat, aber als Aus-

nahmezustand schon für den Vermögensverfall des Mannes nicht entbehrt werden kann.

Unter den Erwägungen, aus welchen der Entwurf als allgemeinen gesetzlichen Güterstand die Verwaltungsgemeinschaft ausgewählt hat, scheinen uns weniger die angenommenen Vorzüge derselben, als der Umstand entscheidend, daß sie — abgesehen der an dieser Stelle nicht in Frage kommenden Gütertrennung — der Ehe den geringsten Einfluß auf den Vermögensbestand der Ehefrau einräumt. Es muß in der That als richtiger erscheinen, daß die Ehefrau einen weitergehenden Einfluß ausdrücklich einräumt, als daß sie genöthigt wird, Einschränkungen des gesetzlichen Güterstandes zu vereinbaren. Wenige Juristen dürften zur Zeit in der Lage sein, auf Grund eigener und ausreichender Erfahrung ein zuverlässiges Urtheil über die vergleichsweisen Vorzüge und Mängel mehrerer, geschweige aller vom Entwurf zugelassener Systeme sich zu bilden. Die Verwaltungsgemeinschaft hat für die Ehefrau den Vorzug, daß außer ihrem Vorbehaltsgute auch ihr nachweisbares eingebrachtes Sachvermögen dem Zugriffe der Gläubiger des Mannes entzogen ist, und daß ihr für das sonstige Einbringen wenigstens eine Forderung neben den andern Gläubigern zusteht. Indeß diese Sicherung wird gerade erst nach dem Entwurf, welcher dem Gläubiger sicheren Einblick in das Verhältniß giebt, ihren genauen Rückschlag in der Kreditfähigkeit des Ehemannes finden. Aber auch jetzt schon sind im Gefolge dieses Systems gemeinschaftliche Schuldenaufnahmen und Verbürgungen der Frau ohne und mit Verpfändung ihres Guts so häufig, daß sich schwer übersehen läßt, wie viel am Ende von der Sicherung als reiner Vorzug des Systems übrig bleibt, und der Entwurf hat obendrein jede Beschränkung der Interzessionen von Ehefrauen überhaupt und auch zu Gunsten des Ehemannes fallen lassen (Mot. S. 115).

Aus dem angeführten Grunde muß auch darauf verzichtet werden, auf die Ordnung der verschiedenen Systeme im Entwurf des Einzelnen einzugehen. Wo einmal gelichtet werden muß, kann es nicht verhindert werden, daß hier ein gesunder Baum abgehauen wird und dort ein absterbender stehen bleibt. Uebrigens ist ja den Ehegatten frei gelassen, durch Vertrag auch den allgemeinen gesetzlichen Güterstand wie den durch Wahl angenommenen im Einzelnen zu ändern (§ 1333). Nur ein allgemeines Bedenken ist noch zu beberühren: daß es den Ehegatten auch freigestellt ist, während der Ehe jederzeit den gesetzlichen oder angenommenen Güterstand zu än-

dern und rückzuändern. Das französische Recht, das einzige Vorbild für das Wahlsystem, schließt diese Freiheit aus; daß dies dort als drückend empfunden worden, vermögen die Motive nicht zu behaupten; die Sicherheit des Gläubigers, der in ständiger Kreditverbindung mit dem Ehemanne steht, wird trügerisch gemacht, da er doch nicht jeden Augenblick das Register einsehen kann; und wenn den Eheleuten nicht aufgegeben wird, jedesmal mit der Aenderung eine Abrechnung nach dem bisherigen Güterstande vorzunehmen, müßte zuletzt die Verwirrung heillos werden.

V.

Das Eltern- und Kindesverhältniß, der Zusammenhang der auf einander folgenden Menschengeschlechter durch natürliche Abstammung hat im Rechte eine doppelte Bedeutung. Einmal vollendet es den durch die Ehe begründeten Hausstand der Eltern, der nun die Kinder mit umschließt, bis sie erwachsen jedes seinen eigenen Hausstand sich begründen. Dann hält es auch über diese Trennung hinaus den natürlichen Zusammenhang als Verwandtschaft fest und verzweigt ihn durch die Geschlechtsfolgen, so lange die Erinnerung an die gemeinschaftliche Abstammung sich zu erhalten vermag. An die Verwandtschaft ist im heutigen Recht nur noch eine zweifache Rechtsfolge geknüpft: die Unterhaltspflicht und das Erbrecht; jene nur der Rest eines weiteren Kreises von Pflichten (Fehdehülfe, Wehrgeldsbeitrag), dieses ebenso der Rest eines weiteren Kreises von Rechten (Wehrgeldantheil, Vormundschaft als nutzbares Recht). Der Entwurf hat, den meisten neueren Gesetzgebungen folgend, der Unterhaltspflicht ihre richtige Stellung im Familienrecht angewiesen, obwohl die Motive sich von der Vorstellung der Pandektenhandbücher nicht losmachen können, daß der Unterhaltsanspruch „weil auf eine Leistung gerichtet" einen „obligatorischen Karakter" habe. Es ist immer wieder die Verwechselung der Klage in personam mit der Obligation als dem Begriffe eines besonders gearteten Rechtes, und der Verpflichtung, deren sittlichen Grund die Rechtsordnung mit rechtlichem Zwange ausstattet, mit der Verbindlichkeit, die nur darum besteht, weil der Schuldner sich selbst gebunden, verbindlich gemacht hat. Dagegen hat der Entwurf, welcher den Abschnitt über die Unterhaltspflicht mitten zwischen die Beziehungen des Hausstandes hinein schiebt, ihren Zusammenhang mit dem Erbrecht nicht beachtet. Sollen Pflicht und Recht einander entsprechen, so muß das Recht selbstverständlich ein

solches sein, was nicht willkürlich entzogen werden kann, also ein sog. Pflichttheilsrecht im Sinne des Entwurfs wie des gemeinen Rechts und der deutschen Gesetzgebungen. In diesem Sinne haben das gemeine Recht und die ihm folgenden Gesetzgebungen den Zusammenhang aufrecht erhalten, sie haben die Unterhaltspflicht genau auf diejenigen Verwandten beschränkt, denen ein unbedingtes Pflichttheilsrecht zuerkannt ist. Dem preußischen Landrechte folgend, hat der Entwurf die Unterhaltpflicht auf die Geschwister erstreckt, ohne diesen ein Pflichttheilsrecht zu gewähren. Andererseits hat er den Großeltern und weiteren Ahnen den Pflichttheil entzogen (§ 1975), während er ihnen die Unterhaltspflicht gelassen hat (§ 1480). Wenn § 1485 die Unterhaltspflicht die Verwandten des Bedürftigen „nach Maßgabe derjenigen Ordnung" treffen läßt, „in welcher dieselben als gesetzliche Erben des Bedürftigen berufen sein würden", so scheint er den Zusammenhang zwischen Unterhaltspflicht und Erbrecht ausdrücklich anzuerkennen; aber es ist den Verfassern, soweit die Motive reichen, ganz entgangen, daß in dieser Bestimmung das Wort „gesetzliche Erben" in der That für Eltern und Abkömmlinge etwas ganz anderes bedeutet, als bei den Großeltern und Geschwistern: dort ein nur wegen bestimmten Verschuldens entziehbares, hier ein ganz der Willkür des Erblassers anheim gegebenes Recht. Wenn andererseits die Motive zu § 1975 meinen: weil Geschwister ein näheres Erbrecht haben, als die Großeltern, und doch kein Pflichttheilsrecht, so müsse dieses auch den Großeltern und weiteren Ahnen entzogen werden, so läßt sich dieser Schluß mit besserem Grunde umkehren: weil den Großeltern bis jetzt ein Pflichttheilsrecht fast überall in Deutschland zugestanden hat, und kein Grund erfindlich ist, weshalb es ihnen entzogen werden sollte, so ist es folgerichtig, das Pflichttheilsrecht auch den in einem näheren Erbenkreise stehenden Geschwistern zu gewähren —, und vollends wenn man ihnen die Unterhaltspflicht auferlegt. Und wenn es angezeigt ist, den Geschwistern gegeneinander nur einen Anspruch auf Gewährung des „nothdürftigen" statt des „standesmäßigen" Unterhalts zu geben, so mag folgerichtig auch das Pflichttheilsrecht der Geschwister entsprechend geringer bemessen sein; aber es liegt darin kein Grund, es ganz zu entziehen.

Wie die Rechtsfolgen des ehelichen Verhältnisses nur an die der Rechtsordnung gemäß eingegangenen, der „Ehe" im ursprünglichen und eigentlichen Sinne geknüpft sind, so würden auch die

Rechtsfolgen des Eltern- und Kindesverhältnisses und der Verwandtschaft grundsätzlich an die eheliche Abstammung zu binden sein. Indeß waltet hier doch ein schlagender Unterschied ob: von den Gatten kann nach Sitte und Recht verlangt werden, daß sie sich ehelich verbinden, und demnach der nicht ehelichen Geschlechtsverbindung ein sittlicher Vorwurf gemacht werden. Von den Kindern kann nicht verlangt werden, daß sie ehelich geboren werden: und doch scheint der Entwurf mit allen bisherigen Gesetzgebungen davon auszugehen, daß der sittliche Vorwurf mehr die Kinder als die Eltern treffe. Wenn das Ueberhandnehmen der unehelichen Kinder eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und das Gemeinwohl ist (Mot. IV. S. 886), so kann dieser Gefahr unmöglich dadurch begegnet werden, daß man auf die Kinder, sondern nur dadurch, daß man auf die Eltern schlägt; und wenn die Motive weiter meinen, die Gefahr liege nur in dem Ueberhandnehmen überhaupt, nicht darin, daß einzelne Kinder sich nicht an den Erzeuger halten können, so liegt es vielmehr nahe, zu schließen, daß je mehr uneheliche Kinder sich nicht an den Erzeuger halten können, desto mehr die unehelichen Kinder überhaupt überhand nehmen werden. Je mehr die Rechtsordnung die Eltern ihrer natürlichen Pflichten gegen die unehelichen Kinder entlastet, desto mehr wird es zum ungefährlichen Sport, die Welt mit unehelichen Kindern zu bevölkern. Die natürlichen Pflichten der Eltern sind aber an sich gegen uneheliche wie gegen eheliche Kinder die gleichen, weil das natürliche Verhältniß das gleiche ist. Die Sittlichkeit kann darin nur so viel ändern, daß sie die Pflichten gegen den andern Ehegatten und die mit ihm erzeugten Kinder für die stärkeren erklärt, und demgemäß wird auch die Rechtsordnung die unehelichen Nachkommen gegen die ehelichen zurücksetzen müssen. Die unehelichen Kinder aber auch durch andere Verwandte ihrer Eltern von deren Nachlaß ganz oder auch nur theilweise auszuschließen zu lassen, hat nicht nur keinen Schatten von sittlichem Grunde für sich, sondern jede verständige staatsmännische Erwägung gegen sich, da die somit ins Proletariat verstoßenen Kinder zuletzt auf den öffentlichen Seckel fallen. Ueberhaupt ist es mit den sittlichen Gründen auf diesem Gebiete wie mit der Tugend der Frauen; es ist am besten damit bestellt, wenn am wenigsten davon geredet wird. Auch der Satz „la récherche de la paternité est interdite“, der in seiner körnigen Kürze für beschränkte Köpfe und harte Herzen alle Vorzüge eines großen Grundsatzes hat, ist in Deutschland (Mot.

S. 867) wie in Frankreich sittlich verbrämt worden; und wenn man sich einmal für die Sittlichkeit etwas davon verspricht, daß im Zweifel der stärkere Druck auf das weibliche Geschlecht fallen soll, so hat es ja allen Schein für sich zu erwarten, daß der stärkste Druck der wirksamste sein werde.

Aber auch was die Gewißheit oder Ungewißheit des Abstammungsverhältnisses anlangt (Mot. S. 866), hat das eheliche vor dem nichtehelichen nichts voraus. Bei der Mutter ist die Sicherheit, beim Vater die Unsicherheit die gleiche, und auch Vermuthungen haben im letzteren Falle gleichen Werth oder Unwerth. Mindestens nach den geltenden Rechten ist es schon der rechtlichen Folgen wegen ungleich härter, vermuthungsweise als ehelicher Vater behandelt zu werden, wenn man es nicht ist, wie als unehelicher, und wenn dieses eine „schreiende Ungerechtigkeit“ wäre, so jenes um so viel mehr. Die schreiendste Ungerechtigkeit ist jedenfalls, die Last auf der Mutter allein ruhen zu lassen, bloß weil sie das corpus delicti bei Gefahr harter Strafe nicht von sich abwälzen kann und darf, und zugleich die ungeheuerlichste Verzerrung des ohnehin fragwürdigen Satzes casum sentit dominus. — Wenn die Motive (S. 648) es „dahingestellt“ sein lassen, ob der Beweis der Zeugung „schlechthin unmöglich, undenkbar“ ist, so liegt darin eine Unklarheit. Die Zeugung kann unmöglich bewiesen werden, wohl aber durch Schlußfolgerung aus beweisbaren Umständen das Gezeugtsein von einem bestimmten Vater, und zwar giebt es dafür schlüssige Umstände, an welche die Motive seltsamer Weise gar nicht denken: die Aehnlichkeit des Kindes mit dem Vater und das natürliche Gefühl des Vaters, welches ihn das Kind als das seinige anerkennen läßt. Die Fälle sind sehr häufig, in welchen der Vater sich dieser Anerkennung in seinem Verhalten nicht zu entziehen vermag, und doch aus verständlichen Rücksichten sich scheut, sie öffentlich und ausdrücklich kund zu geben. Für sich allein ergeben diese Umstände selbstverständlich keinen Beweis, wenn gleichwohl die Vaterschaft bestritten ist. Aber in Verbindung mit dem Nachweise des geschlechtlichen Verkehrs mit der Mutter während der Empfängnißzeit können sie die Annahme der Vaterschaft zu einer in menschlichen Dingen nur erreichbaren Gewißheit erheben. Freilich werden diese Beweisumstände gewöhnlich erst später sich ergeben; und deshalb kommen sie für die Feststellung der Ehelichkeit in der Regel nicht in Betracht. Die Rücksicht auf das sittliche Gepräge des ehelichen Verhältnisses er-

fordert in der That, daß die eheliche Abstammung des während der Ehe geborenen Kindes nicht lange ungewiß bleibe. Auch gründet sich hier die Vermuthung der Vaterschaft nicht auf die geschlechtliche Beiwohnung an sich, vielmehr darauf, daß diese in der natürlichen und sittlichen Bestimmung des Verhältnisses liegt, welches der Ehemann mit seiner Frau eingegangen ist. Es wird daher mit gutem Grunde die eheliche Abstammung angenommen, wenn sie nicht vom Ehemann binnen Jahresfrist nach seiner Kenntniß der Geburt angefochten ist (§§ 1471—73 des Entw.), und nur wenn dies geschehen, oder der Ehemann innerhalb der Frist gestorben ist, kann sie von anderer Seite bestritten werden. Bezüglich des dem Ehemann zur Begründung der Anfechtung nachzulassenden Gegenbeweises gegen die Vermuthung schließt sich der Entwurf im Gegensatz zum gemeinen und französischen Rechte dem preußischen Landrechte an (§ 1469), obwohl, wenn die eheliche Beiwohnung Pflicht des Ehemanns ist, er mit der Behauptung, sie unterlassen zu haben, gar nicht gehört werden dürfte, wenn er nicht eben auf ein dieselbe ausschließendes natürliches Hinderniß sich berufen kann. — Die Vermuthung der ehelichen Abstammung des während der Ehe geborenen Kindes und die Beschränkung des Gegenbeweises werden aber auch in den römischen Rechtsquellen wie im preußischen Landrecht (II, 2 § 2) ausdrücklich nur dem Vater gegenüber ausgesprochen. Gleichwohl haben die gemeinrechtliche, wie die preußische Praxis angenommen, daß beides auch sowohl dem Dritten gegenüber, welcher die eheliche Abstammung bestreiten will, als dem Kinde selbst gegenüber gelte, wenn dieses seine nichteheliche Abstammung von einem anderen Vater behaupten will. Die Fassung der §§ 1468—69 des Entwurfs bestätigt diese Ausdehnung, ohne daß in den Motiven der Gedanke aufkommt, daß es anders sein könnte. Und doch gilt dem Dritten, wie dem Kinde selbst gegenüber der Grund nicht, der allein die Vermuthung rechtfertigt, während für beide der Nachweis der für die Widerlegung erforderten Umstände ungleich schwieriger ist, als für den Vater, und während beide recht wohl in der Lage sein können, jene anderen Beweisumstände in Verbindung mit dem Beweise eines ehebrecherischen Umganges der Mutter geltend zu machen. Die Möglichkeit liegt vollends nahe genug, daß die Vaterschaft des Kindes zum Gegenstande eines schmählichen Handels zwischen dem wirklichen und dem vorgeschobenen ehelichen Vater geworden ist, und welche sittliche Nothwendigkeit dahin führen sollte, daß Jemand

als Sohn eines Stallknechtes gelten müßte, bloß weil es dem erlauchten Vater gelungen ist, den Stallknecht für diese Rolle zu kaufen, ist gewiß nicht erfindlich. Die Fassung des Entwurfs in den angezogenen Bestimmungen macht also nur wieder einmal anschaulich, wie „Gesetz und Rechte sich forterben". — Uebrigens ist es durchaus falsch, wenn die Motive meinen (S. 654), die Vermuthung der ehelichen Vaterschaft könne jemals den Karakter der Fiktion annehmen. Fiktion ist die rechtliche Annahme einer Thatsache oder eines Verhältnisses, von dem man weiß, daß es nicht so besteht, wie es fingirt wird — sie ist genau besehen, nur die Uebertragung einer Rechtsvorschrift auf einen andern Thatbestand als den, für welchen sie ursprünglich gegeben ist, ein Auskunftsmittel lediglich für die Rechtssprache. Es ist aber nach den bisherigen Rechten, wie nach dem Entwurf undenkbar, daß jemals eine andere, als die kraft der Vermuthung angenommene Vaterschaft in rechtliche Gewißheit gesetzt würde und doch die Vermuthung ihre Gültigkeit behielte.

Für die Abstammung vom unehelichen Vater giebt es keine Vermuthung; wohl aber ist es ein vollgültiger Beweis derselben, wenn nachgewiesen wird, daß Jemand in der Empfängnißzeit mit der Mutter geschlechtlichen Umgang gehabt hat, und nicht die exceptio plurium concumbentium aufzustellen und zu beweisen vermag. Wenn der Entwurf dies in § 1572 so ausdrückt: „als Vater des unehelichen Kindes gilt derjenige" ꝛc., so müßte man folgerichtig sagen: als Eigenthümer „gilt", wer den Beweis seines Eigenthums im Rechtsstreit erbracht hat; denn kein prozessualischer Beweis kann eine die Möglichkeit des Gegentheils ausschließende Gewißheit geben. Auf der andern Seite ist aber der Beweis der exceptio plurium keineswegs ein durchschlagender Gegenbeweis gegen die behauptete Abstammung, und es ist völlig grundlos, wenn die Motive S. 885 meinen, in diesem Falle sei das natürliche Verhältniß zwischen dem Kinde und dem einen der Konkumbenten „nicht feststellbar und deshalb für das Recht nicht vorhanden". Vielmehr kann durch das Hinzutreten der oben bezeichneten Umstände in völlig ausreichende rechtliche Gewißheit gesetzt werden, daß einer der mehreren Konkumbenten der wirkliche Vater ist. Aber soweit es sich nur um den Unterhaltsanspruch handelt, ist dieser Beweis gar nicht zu erfordern. Die Möglichkeit, daß jeder von ihnen der Vater sein kann, verbunden mit der Wahrscheinlichkeit, daß es einer

von ihnen ist, genügt für die Rechtsordnung vollkommen, um alle mit einander für den Unterhalt haftbar zu machen, bis gegen einen der Beweis der Vaterschaft erbracht ist. Wir vermögen auch in dieser Beschränkung die gesetzgeberische Weisheit nicht zu ergründen, für die Verwerflichkeit der Mutter, die sich mehreren hingegeben hat, das Kind oder die Armenpflege aufkommen zu lassen. Die aber mit dieser verwerflichen Mutter Umgang gepflogen haben, erscheinen keinenfalls deshalb in um so besserem Lichte, daß man Anstand zu nehmen hätte, sie für das verantwortlich zu machen, was sie als die Folgen ihres Umgangs haben voraussehen müssen.

In den schreiendsten Widerspruch geräth aber der Entwurf mit sich selbst, wenn er in den §§ 1571, 1272 einen Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes ausdrücklich auf den Beweis der „Vaterschaft" gründet und gleichwohl in den §§ 30 Abs. 3 und 1568 ein Verwandtschaftsverhältniß des Kindes mit seinem — nachgewiesenen — Vater nicht anerkennt, folgeweise ihm auch jeden Erbanspruch auf das Vermögen des Vaters abspricht (§ 1995 und Motive dazu). Es könnte darüber gestritten werden, ob die Rechtsordnung ein Verwandtschaftsverhältniß zwischen dem unehelichen Kinde und den Verwandten seiner Eltern anerkennen solle. Aber da der Entwurf darüber auf der mütterlichen Seite keine Bedenken findet (§ 1568), so ist nicht ersichtlich, warum es auf der väterlichen anders sein sollte. Wahrhaft empörend aber ist es, mit welchen Gründen die Motive (S. 851) das Abschneiden des Verwandtschaftsbandes zwischen dem Kinde und seinem unehelichen Vater selbst zu rechtfertigen vermeinen: „Die durch die Natur zwischen dem unehelichen Kinde und seinem Erzeuger geknüpften Bande führen in den wenigsten Fällen zu einer innigeren Verbindung zwischen beiden. Meistens steht der Vater dem unehelichen Kinde gleichgültig und fremd gegenüber. Er betrachtet dasselbe als eine Last und hat kein Interesse an dem Wohlergehen, der körperlichen und geistigen Ausbildung desselben". Also die schnödeste Pflichtvergessenheit, das Aufthürmen von Herzlosigkeit auf Leichtsinn wird bei uns zum gesetzgeberischen Grunde, dem so frevelhaft vernachlässigten Kinde auch noch den Anspruch auf den Nachlaß dieses „Erzeugers" zu entziehen!

VI.

Der Entwurf hat eine schärfere und richtigere Grenze zwischen elterlicher Gewalt und Vormundschaft gezogen als die meisten gel-

tenden Rechte. Hiernach steht die elterliche Gewalt, welche die Sorge für Person und Vermögen des Kindes und das Recht der Nutznießung an diesem Vermögen umfaßt (§ 1502), bei Lebzeiten beider Eltern und nach dem Tode der Mutter dem Vater, nach dessen Tode der Mutter zu (§ 1501). Eine Bevormundung der minderjährigen Kinder tritt regelmäßig erst ein, wenn auch die Mutter gestorben oder zu einer neuen Ehe geschritten ist (§ 1558); abgesehen von diesem Falle, in welchem es in das Ermessen der Vormundschaftsbehörde gestellt ist, der Mutter unter Zustimmung ihres neuen Ehemanns die Vormundschaft zu übertragen, ist von Vormundschaft der Eltern über ihre minderjährigen Kinder nicht die Rede. Andererseits ist die elterliche Gewalt der Vormundschaft darin gleich gestellt, daß sie überall mit der Volljährigkeit endigt (§ 1557), also auch nach § 26 mit der Volljährigkeitserklärung, welche die rechtliche Stellung des Volljährigen giebt und nach zurückgelegtem achtzehnten Jahre erfolgen kann (§ 27). Neben diesen Bestimmungen hat der Entwurf die Beendigung der elterlichen Gewalt durch Heirath und Begründung einer eigenen Wirthschaft entbehrlich erachtet. Nur die elterliche Nutznießung wird beendigt (§ 1536), wenn das Kind mit elterlicher Einwilligung eine Ehe eingeht. Ueberdies kann auf die elterliche Nutznießung (§ 1537), aber nicht auf die elterliche Gewalt verzichtet werden (§ 1561). Unabhängig von der elterlichen Gewalt besteht die Pflicht zu kindlichem Gehorsam (§ 1498) und zu unentgeltlichen Dienstleistungen im Hauswesen und Gewerbe der Eltern, welche auch das nach der Volljährigkeit im elterlichen Hausstande verbleibende oder dahin zurückkehrende Kind schuldet. Die uneheliche Mutter hat nicht die elterliche Gewalt (§ 1570), wohl aber die Fürsorge für die Person des Kindes, welche auch der zur neuen Ehe geschrittenen ehelichen Mutter nach § 1558 bleibt, selbst wenn sie nicht als Vormünderin bestellt ist. (Der uneheliche Vater kommt nach dem oben Erwähnten für den Entwurf nicht in Betracht.)

Diese Ordnung der elterlichen Gewalt, welche im Allgemeinen den Beifall des Juristentages erhalten hat, dürfte auch im Einzelnen mit der unten zu berührenden Ausnahme erheblichen Ausstellungen nicht begegnen. Das Gleiche gilt von dem Abschnitt über die Vormundschaft, bei welchem dem Entwurf die preußische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 als Vorbild gedient hat (Mot. IV. S. 1006), „weil dieselben aus gründlichen Vorberathungen hervor-

gegangen und für den ganzen Umfang der preußischen Monarchie bestimmt, den verschiedensten Verhältnissen in den einzelnen Provinzen und zugleich den drei Rechtssystemen des preußischen Allgemeinen Landrechts, des gemeinen Rechts und des französischen Rechts hat Rechnung tragen müssen" (S. 1009). Selbstverständlich waren Aenderungen des preußischen Gesetzes durch die allgemeinen Bestimmungen des Entwurfs und insbesondere durch dessen Ordnung der elterlichen Gewalt bedingt; andere Abweichungen sind durch die im Geltungsgebiete der V.O. inzwischen gemachten Erfahrungen veranlaßt. So ist der Entwurf, wie die Motive a. a. O. sagen, „namentlich bestrebt gewesen, eine größere Sicherung des Mündelvermögens zu erzielen, theils durch Erweiterung der Fälle, in welchen zu Rechtsgeschäften des Vormundes oder des Mündels die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erfordert wird, theils durch eine umfangreichere Verwerthung des Instituts der Hinterlegung und der Umschreibung von Werthpapieren auf den Namen des Mündels".

Die grundsätzlichen Bedenken gegen den Entwurf treffen ziemlich in gleichem Maße auch das geltende preußische Gesetz. Wenn in dem Entwurf der Begriff der gesetzlichen Vormundschaft ganz verschwunden ist, so bedeutet das nur den letzten Schritt, der auf diesem von der Rechtsentwickelung in Deutschland eingeschlagenen Wege noch zu thun war. War ursprünglich die Vormundschaft ein Gewaltverhältniß gleich der elterlichen Gewalt, welches dem nächsten erbberechtigten Verwandten des Mannsstammes als nutzbares Recht zustand, so hat mit dem allmählichen Erstarken des Gedankens, daß sie nur zu Schutz und Pflege des Mündels dienen solle, die ursprünglich nur zur Oberaufsicht eingerückte öffentliche Gewalt nach und nach das Recht der Verwandten ganz verdrängt: Pflicht und Recht des Vormundes bestehen nur kraft der Bestellung durch die staatliche Vormundschaftsbehörde (Mot. IV. S. 1010). Auch hier zeigt es sich, wie in unserer Gesetzgebung die rechte Hand nicht weiß, was die linke thut. Während in der örtlichen Staatsverwaltung, wo es darauf ankommt, die volle Kraft der Staatsgewalt zur Handhabung der öffentlichen Ordnung einzusetzen, das Berufsbeamtenthum mehr und mehr von der Mitwirkung bürgerlicher Kräfte umgeben worden ist, während selbst in der Rechtsprechung die Betheiligung solcher Kräfte einen immer breiteren Boden gewonnen hat, ist auf einem Gebiete, auf welchem der Staat naturgemäß nur hinter der Familie steht, der richterliche Berufsbeamte allein entscheidend

für nicht richterliche, sondern obrigkeitliche Geschäfte geworden. Und diese Entwickelung hat sich bis zum letzten Schritte vollzogen, obwohl das in einem großen Theile Deutschlands eingeführte französische Recht in doppelter Richtung die deutsche Anschauung aufgefrischt hat: in der Betonung des gesetzlichen Anrechts der nächsten Verwandten auf die Vormundschaftsführung und in der Einrichtung ihres stetigen Antheils an der Vormundschaftsaufsicht durch den Familienrath. Der Vater und in beschränkterer Weise die ihm überlebende Mutter haben das Recht, ihren Kindern einen Vormund zu wählen. Ist dies nicht geschehen, so rücken der väterliche, der mütterliche Großvater und hinter ihnen gar die weiteren Aszendenten als gesetzliche Vormünder ein. Erst in dritter Reihe hat — nicht der Richter, sondern der unter Vorsitz des Richters gebildete Familienrath den Vormund zu bestellen. Nach dem Entwurf sind die von Vater und Mutter „Benannten" sowie die beiden Großväter nur als Vormünder „berufen" (§ 1635), aber auch sie *werden* Vormünder nur durch Anordnung des Vormundschaftsgerichts von Amtswegen (§ 1634); sie „dürfen" ohne ihre Zustimmung nicht übergangen werden, wenn sie nicht unfähig oder behindert sind, *oder* aus ihrer Bestellung „eine erhebliche Gefährdung des Interesses des Mündels zu besorgen ist." Dem entspricht die oben zur Erörterung vorbehaltene Bestimmung des Schlußsatzes in § 1546, nach welcher die elterliche Gewalt, abgesehen von der Nutznießung durch das Vormundschaftsgericht entzogen werden kann, „sofern das Interesse des Kindes es erfordert." Es würde unmöglich sein, heute in einem Gesetze auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts Bestimmungen von so willkürlicher Dehnbarkeit durchzubrigen. Die preuß. V.O. in § 18 drückt sich wenigstens in deutscher Sprache aus: „sind Umstände eingetreten, welche die Bestellung des Berufenen als nachtheilig für den Mündel erscheinen lassen," und schreibt vor, daß wenn der Berufene gegen seine Uebergehung Widerspruch erhebt, die *Entscheidung* des Beschwerdegerichts *einzuholen* sei. Die Motive des Entwurfs aber meinen (S. 1058), eine solche Bestimmung „empfehle sich nicht", theils weil sie im Allgemeinen „disharmonisch" sei, theils „weil sie den Anschein eines ungerechtfertigten, mit dem Geiste der Gerichtsbarkeit nicht wohl vereinbaren Mißtrauens in die ordentlichen Gerichte erweckt". Damit ist im Grunde auch das entscheidende Wort über den Familienrath gesprochen. Nach der preuß. V.O. „ist" dieser zu bilden, wenn Vater oder Mutter die Bildung angeordnet haben,

wenn drei nahe Verwandte oder der Vormund oder Gegenvormund sie beantragen. Nach dem Entwurf S. 1712 „soll" die Einsetzung erfolgen, wenn Vater oder Mutter sie angeordnet haben, indeß „unterbleibt" sie, „wenn die zur Einsetzung erforderliche Zahl von Personen nicht vorhanden ist, welche fähig und geeignet sind, Mitglieder des F.R. zu sein." Warum diese Zahl „nicht vorhanden" sein sollte, ist nicht ersichtlich, da nach § 1714 zwei Mitglieder außer dem Vormundschaftsrichter genügen und die Auswahl nach § 1715 nicht auf Verwandte beschränkt ist. Ferner „kann" nach 1713 ein Familienrath eingesetzt werden, wenn dies von einem Verwandten oder dem Vormund oder Gegenvormund beantragt ist und von dem Vormundschaftsrichter „im Interesse des Mündels für angemessen erachtet wird". So ist dieser Familienrath zum Schatten eines Schattens geworden. Hielte ihn die Gesetzgebung für eine nothwendige oder nützliche Einrichtung, so würde sie den Vormundschaftsrichter so wenig fragen, ob er diese Beschränkung seiner Vorsehung „im Interesse des Mündels für angemessen erachtet", so wenig wie man den Landrath gefragt hat, ob er der Einsetzung eines Kreisausschusses im Interesse der Kreiseingesessenen für angemessen erachte. Hält sie aber den Familienrath für eine so fragwürdige und entbehrliche Einrichtung wie offensichtlich der Entwurf, so könnte man dem Ernst der Sache diese Spielerei ersparen. Die letzte Entscheidung der Frage wird davon abhangen, ob man die Verwandtschaft nicht nur in dieser vereinzelten Beziehung, sondern überhaupt in Familienangelegenheiten und Streitigkeiten zur Theilnahme an den obrigkeitlichen Verrichtungen geeignet hält.

VII.

Das deutsche, wie überhaupt das ursprüngliche Recht aller zu höherer Gesittung berufenen Völker geht davon aus, daß der Nachlaß eines Verstorbenen an seine nächsten Verwandten fällt. Im römischen Rechte tritt sehr früh die letztwillige Verfügung auf, aber zunächst nur in dem Sinne, daß der Hausvater sein Vermögen unter die Angehörigen des Hauses vertheilt, um dessen Fortbestand bestens zu sichern. Erst im „klassischen" Rechte ist die Testirfreiheit zur Auffassung eines angeborenen Menschenrechts gelangt, mit seinem Vermögen auf den Todesfall nach Belieben zu schalten, nur beschränkt durch gewisse Anstandsrücksichten (querela inofficiosi) auf die nächsten Angehörigen. Erst ganz zuletzt wurde deren Recht wieder in etwas verstärkt und so der Rechtszustand des gemeinen Rechts geschaffen,

für den die Ausdrücke „Notherbe" und „Pflichttheil" bezeichnend sind. Der Gegensatz der Grundanschauung prägt sich schon darin aus, daß die Römer, von dem testamentarischen Erbrecht als dem natürlichen ausgehend, die gesetzliche Erbfolge der Verwandten so sehr als Ausnahme behandeln, daß sie nur mit der Verneinung ab intestato benannt wird und man ihren Eintritt nur auf den muthmaßlichen Willen des Erblassers zu begründen weiß. Das deutsche Recht dagegen kennt nur in der Verwandtenfolge ein Erbe und einen Erben: will der Erblasser sein Vermögen dieser Erbfolge entziehen, so kann er dies nur thun, indem er es schon bei Lebzeiten bindend vergabt.

Im preußischen Landrechte prägt sich die deutsche Anschauung noch darin aus, daß der Vermögensübergang kraft letztwilliger Verfügung und Vertrags ganz getrennt von der Verwandtenerbfolge behandelt, und daß der Erbanfall ohne Antretung festgehalten, dann aber freilich auch auf den vom römischen Recht übernommenen Testamentserben übertragen ist. Dagegen sind die Bestimmungen des französischen Gesetzbuchs durchaus auf die Grundsätze der deutschen Anschauung aufgebaut. Nur die Verwandtenfolge heißt Erbrecht: selbst wer durch Testament den ganzen Nachlaß erhält, ist nur Universallegatar. Ein unentziehbares Erbrecht hat allerdings nur die ab- und aufsteigende Linie bewahrt: dies aber auch so, daß nicht diese Erben auf eine portio legitima, sondern vielmehr der Erblasser auf eine portion disponible beschränkt ist. Selbst wenn diese portion, die in Ermangelung von Abkömmlingen auf $^3/_4$ des Nachlasses steigen kann, im Ganzen einem Universallegatar hinterlassen ist, fällt die Erbschaft im Ganzen dem gesetzlichen Erben an und jener hat sich von diesem seinen Antheil herausgeben zu lassen. Nur wenn der Erblasser weder Abkömmlinge noch Aszendenten hinterlassen hat, fällt der Nachlaß unmittelbar dem Universallegatar an. Uebrigens sind die testamentarischen Verfügungen mit den Schenkungen unter Lebenden nicht nur äußerlich zusammengestellt, sondern auch in den Zusammenhang gebracht, daß diese wie jene auf die portion disponible anzurechnen sind, so daß wenn der Erblasser diese schon zu Lebzeiten durch Schenkungen erschöpft hat, die testamentarischen Verfügungen hinfällig werden.

Freilich nun verbindet sich mit der deutschrechtlichen Anschauung, daß der Erblasser sein Vermögen nicht seinen Angehörigen überhaupt entziehen und an Fremde bringen kann, im französischen Recht eine

ganz andere, sozialpolitische, daß er auch innerhalb des Kreises der Angehörigen nicht mehr als die portion disponible dazu verwenden darf, um einem Kinde mehr als dem anderen von seinem Vermögen zukommen zu lassen. Dabei trifft es denn im Erfolge mit dem spätrömischen und gemeinrechtlichen, auch vom preußischen Landrecht angenommenen Pflichttheilsrechte zusammen, welches von vornherein im Verhältnisse zu dem bestimmt ist, was jeder Erbe erhalten würde, wenn die gleichzeitig berufenen den ganzen Nachlaß und zwar die in gleicher Stufe stehenden zu gleichen Antheilen unter sich zu vertheilen hätten. Wesentlich in diesem Sinne ist das Pflichttheilsrecht in neuerer Zeit angefochten und zum Gegenstande der Verhandlung auf dem Juristentage von 1878 geworden. Niemand hat daran gedacht, die „Testirfreiheit" des Erblassers in der Richtung zu erweitern, daß er noch mehr wie die Hälfte des Nachlasses seinen eigenen Kindern entfremden könnte. Nur daran ist gezweifelt worden, ob es sozialpolitisch richtig wäre, dem Erblasser eine Vertheilung seines Vermögens unter seinen Kindern zu untersagen, bei welcher nicht jedes mindestens den Pflichttheil erhält, so daß gerade im Mittelstande die Zersplitterung eines Anwesens, an dessen Gründung der Erblasser die Arbeit seines Lebens gesetzt hat, oder eine unverhältnißmäßige Belastung des Uebernehmers unvermeidlich wird. Diese Frage kann weder durch das unklare Gefühl, daß es unbillig sei, ein Kind hinter dem andern zurückzustellen, noch durch den Trugschluß entschieden werden, die möglichst gleiche Vertheilung der einzelnen Vermögen verbürge die möglichste Gleichmäßigkeit der Vermögen überhaupt. Darüber hat die Erfahrung für denjenigen, der sehen will, klar genug entschieden, daß je mehr die mittleren Vermögen zersplittert werden, desto mehr Stoff für die Anhäufung im Großen und Größten geschaffen wird.

Nachdem aber einmal die Frage so gestellt ist, sollte man es nicht für möglich halten, daß zwei so grundverschiedene Dinge wie Abgrenzung der „Testirfreiheit" nach außen und im Innern des nächsten Verwandtenkreises von der Gesetzgebung noch völlig unklar zusammengeworfen werden. Jenes verlangt von vornherein die Klarstellung, woher denn dem Erblasser die Befugniß kommt, frei über sein Vermögen auf den Todesfall zu verfügen? und die Stellung, welche die Gesetzgebung dazu nimmt, muß sich, wie das französische Recht zeigt, in der ganzen Konstruktion des Erbrechts ausprägen. Bei dem andern kommt es nur darauf an, wie der Erblasser am

besten sein Haus im Kreise seiner Angehörigen bestellt, und es ist von untergeordneter Bedeutung, ob es ihm freigestellt ist, dies nach eigenem Gutdünken durch eigene letztwillige Verfügung, oder durch Hausvertrag, oder nur mit Berathung und Zustimmung eines dem Familiengericht und Familienrath gleichartigen Verwandtenraths zu thun. Die Verfasser des Entwurfs haben vielleicht gemeint, diese Unterscheidung dadurch zu umgehen, daß sie (Mot. V S. 1) „das bäuerliche Erbrecht (Anerbenrecht), die Erbfolge in Fideikommisse Stamm- und Lehngüter" von ihrer Aufgabe ausgeschlossen haben. Aber wenn dies auch als zweckmäßig anerkannt wird, so bleibt doch die Grundfrage, ob diese besonderen Erbfolgen als Ausnahmen im Widerspruch mit dem Aufbau des gemeinen Erbrechts stehen und damit dem Anprall jeder nivellirenden Gesellschaftsbewegung ausgesetzt sein sollen, oder ob die Gesetzgebung einen Grundgedanken des Erbrechts annehmen kann und der im deutschen Volke wirklich lebendigen Rechtsanschauung gemäß annehmen soll, von dem jene nur als einzelne Verzweigungen erscheinen, die von der ganzen Kraft des gemeinen Erbrechts getragen werden. Das ist eine von den sozialpolitischen Grundfragen, welche der Kommission im Verlauf von dreizehn Jahren nicht aufgestiegen sind. Sonst würde sie auch nicht übersehen haben, daß die Aufgabe der Erhaltung einmal geschaffener leistungsfähiger Wirthschaftsbetriebe für gewerbliche Anlagen ganz derselbe ist, wie für Bauerngüter, und auch auf Handelsgeschäfte von begründetem Kredit und Zutrauen der Kundschaft sich erstreckt.

Gerade über diese allgemeinen Fragen sind die Motive zum fünften Buche des Entwurfs von äußerster Dürftigkeit. S. 3 hat man sich begnügt, die Begriffsbestimmung der Erbeinsetzung durch die „wesentliche Uebereinstimmung mit allem geltenden Rechte", d. h. mit dem allenthalben in Deutschland bei den Juristen herrschend gewordenen römischen Begriffe zu begründen. Dem allein abweichenden code civil sich anzuschließen, habe der Entwurf „keinen Anlaß", weil „er nur einen obligatorischen Pflichttheilsanspruch kennt". Suchen wir nun nach der Begründung, weshalb auch die eigenen Kinder des Erblassers es sich gefallen lassen müssen, die Hälfte ihres gesetzlichen Erbantheils von einem Fremden, der zum Erben eingesetzt ist, als „Forderung" einzuklagen, so daß sie das elterliche Haus mit Hausrath und allem in den Händen des Fremden lassen müssen, so erhalten wir auf S. 386 folgende gründliche Be-

lehrung: „Der Grundsatz des code civil ist für den Entwurf nach seiner Auffassung des Verwandtenerbrechts und der Testirfreiheit nicht annehmbar“ — welches diese Auffassung ist, suchen wir auf den vorausgegangenen 385 Seiten vergebens — „der Erblasser, welcher pflichtwidrig über seinen Gesammtnachlaß verfügt, greift nicht in eine fremde Rechtssphäre ein“! Das ist alles, aber auch alles, um uns zu erklären, wie denn die Rechtsordnung dazu kommt, eine solche pflichtwidrige Verfügung auszuführen, da doch der Erblasser dies thatsächlich nicht mehr kann. Jedes Ding hat von Natur so viel Recht als es Macht hat, sagte Spinoza niederschmetternd für das Naturrecht seiner — und unserer Zeit. Kein Mensch aber hat eine Macht zu einer Zeit, wenn er nicht mehr ist. Will einer, daß nach seinem Tode ein anderer sein Vermögen habe als diejenigen, welche ihm von Natur am nächsten stehen, so muß er es ihm eben bei Lebzeiten und zwar rechtlich bindend geben. Hat er es aber bis zu seinem letzten Athemzuge für sich behalten, so kann er es nachher nicht mehr kraft seines Willens dem andern verschaffen. Das ist die Anschauung, bei welcher unsere Vorfahren ein Jahrtausend lang wirthschaftliches Leben und Gedeihen hatten. So wenig gehört die Testirfreiheit zu den unentbehrlichen Bedürfnissen eines gesitteten Volkes. Das Wunderlichste ist aber, daß unsere Romanisten, die nicht an der kleinsten Sache das Eigenthum kraft bloßen Willens übergehen lassen, vielmehr die Uebergabe als reale Machteinweisung verlangen, es doch so natürlich finden, daß kraft des bloßen Willens des Erblassers ein ganzes Vermögen auf jeden Beliebigen übergehen kann.

Eigenthum, Forderung, eheliche und elterliche Gewalt sind natürliche Verhältnisse, die sich in der menschlichen Wirthschaft und Gesellschaft durch die Kraft der Einzelnen herausbilden. Die Rechtsordnung findet sie vor und kann nicht anders, als sie anerkennen, soweit ihre Ausübung nicht dem Gemeinwohl oder den guten Sitten zuwider ist. Das Recht hat sie nicht geschaffen und hätte sie, wie sie sind, unmöglich schaffen können; sie haben also nicht erst ihr Dasein zu rechtfertigen, vielmehr muß jede Einschränkung, der sie im Rechte unterworfen werden, sich durch einen zureichenden Grund rechtfertigen. Zu diesen natürlichen, nicht erst durch die Rechtsordnung geschaffenen Verhältnissen gehört auch durchaus das Erbrecht der nächsten Verwandten. Stirbt der Mensch, wenn er das Ziel des Lebens erreicht hat, so hinterläßt er in seinem Haus-

stande Gatten und Kinder oder doch letztere. Wie das Vermögen des Verstorbenen zu seinen Lebzeiten für den Unterhalt des Hausstandes bestimmt war, so wird es dieser Bestimmung auch durch seinen Tod nicht entzogen; die Ueberlebenden benutzen es weiter, sei es in fortgesetzter Gemeinschaft, oder getheilt, um der Begründung gesonderter Hausstände zu dienen. — Stirbt aber der Mensch, ehe er den eigenen Hausstand begründet hat, so steht er eben noch im Hausstande der Eltern neben seinen Geschwistern. Die Nutzung dessen, was ihm gehörte, ging in den gemeinsamen Haushalt ein, und so blieb es, wenn er starb. So läßt sich gerade in Deutschland die Ausbildung des Erbrechts gleichen Schritts mit der geordneten Wirthschaft verfolgen, es ist ursprünglich mehr das Recht des Anwachsens aus einer schon bestehenden Gemeinschaft, wie ein Rechtsübergang. Dieser Gedanke wurde dann fortgesponnen, wenn mit dem Tode des Erblassers sein Haushalt erlosch. Dieser Haushalt war aus einem älteren gemeinsamen hervorgegangen, und kraft dieser Erinnerung wurde der Erbfall so behandelt, als ob jener ältere noch beim Tode des Erblassers bestanden habe. So rückt die zweite, dritte Geschlechtsfolge ein, wenn die vorhergehenden ausfallen, und die Parentelenordnung erweist sich so als die natürliche Erbordnung. Dies ist freilich schon Fortbildung des positiven Rechts, wenn die Geschlechter sich nicht mehr als natürliche Machteinheiten behauptet haben. Aber für die Erbfolge der Kinder und Enkel, Eltern und Geschwister gilt ganz dasselbe, wie von Eigenthum und elterlicher Gewalt. Die Rechtsordnung muß dieses von ihr nicht geschaffene Erbrecht aufnehmen, und sie kann es ohne Willkür nur ändern, soweit Gemeinwohl oder sittliches Gefühl dazu einen bestimmden Grund geben. Ganz umgekehrt liegt es mit der Testirfreiheit zu Gunsten Fremder. Da der Erblasser durch seine natürliche Macht gar nicht bewirken kann, daß ein von ihm bis ans Lebensende für sich behaltenes Vermögen oder Vermögensstück an einen dem natürlichen Erbenkreise nicht angehörenden Erben oder Vermächtnißnehmer falle, so muß die Rechtsordnung diese Macht erst für ihn schaffen. Es bedarf also eines bestimmenden Grundes für die Einführung und Ausdehnung der Testirfreiheit in diesem Sinne, nicht erst für ihre Einschränkung.

Die Erbordnung des Deutschen Rechtes, wie sie und noch weiter als sie im code civil erhalten ist, empfiehlt sich hiernach für die Aufnahme in das bürgerliche Gesetzbuch, nicht weil sie einmal die

deutsche war, sondern weil sie noch heute der gesunden Rechtsanschauung allein entspricht. Es läßt sich aber auch durchaus nicht sagen, daß sie nun einmal im größten Theile von Deutschland durch den römischen Begriff der Erbeinsetzung verdrängt wäre. Das gilt nur von den Juristen, nicht vom Bürger und Bauern, die allemal große Augen machen, wenn sie belehrt werden, daß zu ihrem letzten Willen vorab nöthig sei, erst noch diejenigen zu Erben einzusetzen, welche sie selbstverständlich für ihre Erben halten. Daß übrigens der Begriff der Erbeinsetzung, wie ihn der Entwurf „allen geltenden Rechten" außer dem französischen entnehmen will, nicht mehr der römische ist, wird in den Bestimmungen anerkannt, daß dazu die Bezeichnung als Erbe nicht erforderlich ist (§ 1788) und daß der Uebergang der Erbschaft sich von Rechtswegen, nicht durch Antretung vollzieht (§ 2025), sowie in der Zurückweisung des Grundsatzes „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest". Hiernach aber bleibt, wenn man sich klar werden will, von dem Erben nichts übrig als ein Testamentsvollstrecker — übrigens der alte deutsche Salmann — in rem suam. Der Erbe hat den Nachlaß zu liquidiren und behält davon für sich, was nach Abzug der Schulden, Pflichttheile und Vermächtnisse übrig bleibt. Denn der „Uebergang des Vermögens als Ganzes" (Universalsukzession), in welchen § 1788 das Entscheidende des Begriffs legen will, ist selbst gar kein Begriff, sondern eine juristische Konstruktion. Das Vermögen als Ganzes kann überhaupt nicht übergehen, weil es nur durch seinen lebendigen Träger, den wirthschaftenden Menschen, ein Ganzes ist. In der That handelt es sich auch nur um den Uebergang aller Vermögensstücke zusammen (der Uebergang des Vermögens als Ganzes würde damit nicht einmal zusammenfallen, da dieses Ganze gegen den Wechsel der einzelnen Stücke gleichgültig ist), so daß für die einzelnen ein besonderes Uebergangsmoment nicht festgestellt zu werden braucht. Diese Konstruktion ist aber ebenso willkürlich, als ob man den Eigenthumsübergang an den Vertrag oder an die Uebergabe anknüpft.

VIII.

Abgesehen von den entwickelten grundsätzlichen Bedenken gegen die Erbordnung des Entwurfs muß diese im Uebrigen als eine sehr heilsame Vereinfachung des Stoffes, zumal gegen das gemeine Recht anerkannt werden. Auch die an sich folgewidrige Uebertragung des

gesetzlichen Erbanfalls auf den eingesetzten Erben, die übrigens im preußischen Landrechte schon praktisch geläufig geworden ist, muß dem kümmerlichen Nothbehelf der hereditas jacens mit „juristischer Persönlichkeit“ vorgezogen werden. Daß man ohne seinen Willen Rechte erwirbt, hat nichts begriffswidriges, wenn die Rechtsordnung eine Rechtsfolge eben nicht an den Willen der Betheiligten, sondern an einen natürlichen Zustand geknüpft hat. Aber durch den bloßen Willen eines andern ohne eigene Einwilligung Rechte zu erwerben, ist freilich ein Widerspruch, der für uns nur der Widerschein des Widerspruchs im Begriffe des eingesetzten Erben ist, den indeß der Romanist unschwer durch eine „Fiktion“ verdeckt (Mot. S. 487). Muß einmal fingirt werden, wie doch bei der hereditas jacens geschieht, so kann es nur darauf ankommen, möglichst praktisch zu fingiren.

Einen wunderlichen Zopf des gemeinen Rechts hat der Entwurf nicht abgestreift. Während nicht nur Erbeinsetzungsverträge (§ 1940), sondern auch Vermächtnißverträge (§ 1962) mit unwiderruflicher Wirkung zugelassen sind, ist doch in § 1754 bestimmt: der Vertrag, durch welchen Jemand sich verpflichtet, eine letztwillige Verfügung zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, ist nichtig. Die Motive (V. S. 8) finden darin eigentlich nur die Folge der Bestimmung des § 796, daß die Befugniß, über ein Recht zu verfügen, nicht durch Rechtsgeschäft mit Wirkung gegen Dritte ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Hier hat sich aber der Entwurf nur in den Schlingen seiner eigenen Abstraktion gefangen. Wodurch in aller Welt unterscheidet sich sachlich die vertragsmäßige Verpflichtung, eine zu Gunsten des andern getroffene letztwillige Verfügung nicht zu widerrufen, von dem Erbeinsetzungs- oder Vermächtnißvertrage, daß wohl dieser, aber nicht jener Vertrag mit dem § 796 vereinbar wäre? Nun steht aber § 796 unter den allgemeinen Vorschriften für das Sachenrecht; er spricht gar nicht von der Verfügung über ein Recht überhaupt, sondern nur von der Verfügung über das Eigenthum oder ein anderes Recht an der Sache; und nach den Motiven (III. S. 77) hat er nur die Bestimmung, das nach dem preußischen Landrecht zulässige vertragsmäßige Veräußerungsverbot mit Wirkung gegen Dritte auszuschließen. Was hat dies mit einer letztwilligen Verfügung zu thun, die ja nicht auf das gegenwärtige Recht, sondern auf das beim Todesfall vorhandene Vermögen geht? Wenn § 1951

ausdrücklich sagt: durch den Erbeinsetzungsvertrag wird das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft zu verfügen, nicht beschränkt, und § 1952 nur die Schenkungen in gewissem Maße ausnimmt, so würde das Gleiche selbstverständlich von dem durch § 1754 für nichtig erklärten Vertrage gelten. Diese Bestimmung ist also nur eine leere Konsequenzmacherei aus dem römischen „Prinzip“, welches doch durch die Zulassung des Erbvertrags gänzlich durchbrochen ist.

Die Motive benutzen indeß (S. 255) den § 1754, um die Bestimmung des § 1913 zu rechtfertigen: mehrere Personen können letztwillige Verfügungen nicht gemeinschaftlich errichten. Es sollen damit besonders die im Gebiete des gemeinen wie des preußischen Rechts üblichen gemeinschaftlichen Testamente der Eheleute mit gegenseitiger Erbeinsetzung und der Wirkung, daß mit Annahme der Erbschaft durch den Ueberlebenden die von ihm zu Gunsten Dritter, namentlich der Kinder getroffenen Verfügungen unwiderruflich werden, als das „Prinzip“ des § 1774 durchbrechend ausgeschlossen sein. Aber dieser Grund ist nicht ernsthaft zu nehmen, da hinterher den Betheiligten gesagt wird, sie hätten ja einen Erbvertrag schließen können (S. 256). Also durch die eine Thür geht es „grundsätzlich“ nicht, aber dafür ist die andere angebracht, um an denselben Ort zu kommen. Freilich heißt es zuvor, die gemeinschaftlichen Testamente könnten von solchen Personen gebraucht werden, welchen der Erbvertrag eben wegen seiner Unwiderruflichkeit versagt werde. Aber dem wäre doch auf die einfachste Weise abzuhelfen, wenn denselben (den in der Geschäftsfähigkeit beschränkten § 1942) Personen auch die gemeinschaftlichen Testamente untersagt würden. Daß aber die Betheiligten mit gutem Bedacht das gemeinschaftliche Testament an Stelle des Erbvertrags wählen können, ergiebt sich daraus, daß selbst der mit dem Vorbehalte des Rücktritts geschlossene Erbvertrag nach § 1959 mit dem Tode des einen Theils, ohne daß er widerrufen hat, auch für den Ueberlebenden unwiderruflich wird, während dieser sich grade vorbehalten will, erst nach dem Tode des andern sich zu entschließen, ob er seine testamentarischen Verfügungen unwiderruflich werden lassen oder auf die Erbschaft verzichten will. Namentlich die Frau wird nur selten vor dem Tode des Ehemannes in der Lage sein, die Verhältnisse so zu übersehen, daß sie ihren Entschluß mit gereifter Ueberlegung fassen kann. Und da die Motive an anderem Orte ausgesprochen haben, daß

grade auf dem Gebiete der ehelichen Güterverhältnsse die Gewöhnung nicht ohne Noth gestört werden dürfe, so wird die Erwägung mit gleichem Grunde auf die gemeinschaftlichen Testamente zutreffen, von welchen die Motive üble Erfahrungen während ihrer mehrhundertjährigen Gültigkeit nicht zu berichten haben.

Durch die Vorschrift des § 1943, daß Erbverträge nur vor Gericht oder Notar unter Beobachtung der für die Errichtung von Testamenten gegebenen Vorschriften geschlossen werden können, beseitigt der Entwurf einen der härtesten Widersprüche des gemeinen Rechts, nach welchem die widerrufliche Erbeinsetzung nur in der strengen Form des Testaments, die unwiderrufliche dagegen ganz formlos soll vorgenommen werden können. In dieser Annahme der heutigen, durch das Reichsgericht ohne besondere Begründung gebilligten Rechtsprechung sind übrigens rechtsgeschichtliche Irrthümer und Denkfehler zusammengelaufen. Der sittliche Grund der Vertragstreue, daß das gegebene Wort gehalten werden soll, kann sich doch nur auf das Opfer einer eigenen Leistung beziehen und so hat sich auch die geschichtliche Entstehung des Grundsatzes der Gültigkeit formloser Verträge lediglich im Gebiete des Obligationenrechts vollzogen. Bei dem Erbertrag aber handelt es sich nicht um eine Leistung des Erblassers, sondern um die Ausschließung der gesetzlichen Erbfolge zu Gunsten des Vertragserben. Daß diese selbe auf das Recht Dritter gerichtete Wirkung das eine Mal nur in strenger, das andere Mal ohne jede Form soll erreicht werden können, ist der „Zwiespalt der Natur“, den noch Niemand zu erklären versucht hat.

Die Parentelenordnung, auf welche der Entwurf die gesetzliche Erbfolge baut (§§ 1965—69), ist zwar die natürlichste, aber bei der heutigen Lockerung des Verwandtschaftsbandes wird alles, was über den Kreis der Kinder, Eltern und Geschwister hinausgeht, mehr oder minder willkürlich, und so kommt denn auch der Entwurf schon bei der dritten (großelterlichen) Linie mit der gewählten Ordnung ins Stocken. Daß die Geschwister gegen beide überlebende Eltern zurückstehen und erst in den Antheil des vorverstorbenen Elterntheils einrücken, liegt an sich auch nicht in der Parentelenordnung, ist aber ein verständiger Durchschnitt zwischen dem gemeinen und französischen Recht einerseits, welche die Geschwister mit den Eltern theilen lassen, und dem preußischen andrerseits, nach welchem sie auch durch einen überlebenden Elterntheil ganz ausgeschlossen werden.

Daß der gleiche Grundsatz schon in der dritten Linie sich wegen zu großer Zersplitterung nicht durchführen läßt, ist richtig, daß aber der Entwurf (§§ 1968 Abs. 2 u. 1969) in dieser und den folgenden Linien jedem einzig überlebenden Groß- und Urgroßelterntheil den ganzen Nachlaß zuweist und mehreren, gleiviel welchen Stammes, zu gleichen Theilen, hat doch keinen Sinn. Die von den Motiven selbst anerkannten möglichen Härten dieser Anordnung ließen sich in der dritten Linie unschwer durch eine Theilung nach der väterlichen und mütterlichen Seite vermeiden, sodaß wenn auf einer Seite kein Großelterntheil überlebend wäre, sofort die Seitenverwandten des nächsten Grades (Vater- oder Muttergeschwister) einrückten. Das Entsprechende ließe sich für die vierte Linie anordnen, wenn man auf diese überhaupt noch, abgesehen von dem seltenen Falle des Ueberlebens von Urgroßeltern, die gesetzliche Erbfolge erstrecken will. Daß der Entwurf für diese gar keine Grenze hat, wird schwerlich irgendwo Billigung finden. Je mehr die Erbschaft zum bloßen Glücksfalle wird, desto weniger ist das Erbrecht sozialpolitisch zu rechtfertigen, und dazu kommt die mit jeder weiteren Linie ins Unberechenbare sich steigernde Möglichkeit der Zersplitterung. Ein naheliegender und leicht durchzuführender Vorschlag wäre, spätestens hinter der vierten Linie, unter Aufhebung des fiskalischen Erbrechts, das Vermögen an die Gemeinde des Erblassers fallen zu lassen mit der Auflage, die Einkünfte vorab zur Unterstützung bedürftiger Verwandten des Erblassers zu verwenden.

4.

Zur Lehre vom Regreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner mit Rücksicht auf die §§ 676, 677 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich nebst Ergänzungsvorschlägen.

Von Herrn Amtsrichter Rothenberg in Lauenburg i/P.

I. Wesen und Umfang des vom Hauptschuldner dem Bürgen ertheilten Auftrages zur Uebernahme der Bürgschaft.

Im Anschluß an die herrschende Rechtslehre beantworten die die Motive[1]) zu § 676 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetz-

[1]) Band 2 S. 672 ff.

buches für das Deutsche Reich die Frage, ob der Bürge, welcher den Gläubiger befriedigt hat, auf den Hauptschuldner zurückgreifen kann, aus dem zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnisse, und erklären die Vorschriften über das Mandat und die negotiorum gestio in zahlreichen Fällen für maßgebend. —

In hohem Grade Bedenken erregend ist aber folgende an jene Ausführungen sich anknüpfende Bemerkung der Motive:[2])

„Es kann insbesondere nicht bezweifelt werden, daß das Mandat, die Bürgschaft zu übernehmen, auch das Mandat, eintretenden Falles den Gläubiger zu befriedigen, in sich schließt."

Im Entwurfe selbst ist diese Auffassung der Motive zwar nicht zum Ausdrucke gebracht, indeß sind die aus derselben fließenden Konsequenzen auf die praktische Gestaltung des Regresses des Bürgen gegen den Hauptschuldner von so erheblichem Einflusse, daß eine eingehende Kritik jener Rechtsauffassung um so mehr geboten erscheint, als das autoritative Gewicht der Motive sicher auf die Rechtsprechung einwirken würde.

Die nächste Aufgabe unserer Erörterungen soll nun die Widerlegung der oben zitirten Bemerkung der Motive sein.

Eine Begründung des von uns bekämpften Grundsatzes enthalten die Motive nicht.

Im gemeinen Rechte ist die Frage streitig.

Hasenbalg (die Bürgschaft 1870 S. 694) theilt die Ansicht der Motive und geht sogar noch weiter, indem er ausführt:

„Der wesentliche Theil des zur Eingehung der Bürgschaft ertheilten und angenommenen Auftrages sei der, die fragliche Verbindlichkeit für den Schuldner zu erfüllen".

Folgerecht nimmt daher Hasenbalg an, daß der Auftrag des Hauptschuldners an den Bürgen vollständig erst ausgeführt werde durch Erfüllung der Verbindlichkeit; die bloße Verbürgung habe gar keine selbständige Bedeutung, sondern komme nur als Vorbereitungsakt in Betracht, namentlich der Gläubiger habe an der bloßen Uebernahme der Verbindlichkeit kein Interesse, für ihn sei die Erfüllung Hauptsache.

Girtanner (die Bürgschaft 1851 S. 529 ff.) dagegen vertritt die Ansicht: Der Bürge führe den Auftrag des Hauptschuldners

---

[2]) S. 673 a. a. O.

aus nicht erst durch Befriedigung des Gläubigers, sondern schon durch Eingehung der Bürgschaft; zur Erfüllung sei der Bürge verpflichtet, nicht etwa als Mandatar des Hauptschuldners, sondern weil er aus dem Bürgschaftsvertrage vom Gläubiger zur Erfüllung gezwungen werden kann.

Wir entwickeln nun unsere von den Motiven abweichende, an Girtanner sich anlehnende Ansicht dahin:

1. Weder aus dem Wesen des vom Hauptschuldner dem Bürgen ertheilten Auftrages zu Verbürgung, noch aus dem Zwecke des Bürgschaftsvertrages läßt sich mit rechtlicher Nothwendigkeit die Folgerung ableiten, daß der Auftrag zur Eingehung der Bürgschaft das Mandat zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit in sich schließt.

a) Der wesentliche Inhalt des vom Hauptschuldner dem Bürgen ertheilten, vom Bürgen angenommenen Auftrages zur Uebernahme der Bürgschaft besteht darin: daß der Bürge dem Hauptschuldner verspricht, er werde dem Gläubiger versprechen, die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen. Hat der Bürge dadurch dem Hauptschuldner auch versprochen, die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen? Nimmermehr. Er hat dem Hauptschuldner eben nur versprochen, er werde dem Dritten versprechen, zu erfüllen.

b) Der Zweck des Bürgschaftsvertrages ist die Sicherheit des Gläubigers, wie auch die Motive zu den §§ 668, 669, des Entwurfes (S. 659) hervorheben, also nicht die Befriedigung des Gläubigers. Daher ist auch der Auftrag des Hauptschuldners an den Bürgen zur Eingehung der Bürgschaft seinem Wesen nach nur auf Bestellung einer Sicherheit, nicht auf Befriedigung des Gläubigers gerichtet.

2. Für die Entscheidung der Frage, ob das Mandat zur Verbürgung den Auftrag zur Befriedigung des Gläubigers in sich schließt, ist vielmehr allein der Parteiwille maßgebend.

Die Parteien können gleichzeitig ein Mandat zur Befriedigung des Gläubigers beabsichtigt haben. In zahlreichen Fällen ist aber ein solches Mandat durch die entgegenstehende Intention der Parteien geradezu ausgeschlossen. Der Bürge hat garnicht die Absicht, sich dem Hauptschuldner zur Erfüllung zu verpflichten, der Hauptschuldner garnicht die Absicht, den Bürgen mit der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit zu beauftragen. Namentlich wird die Absicht, ein Mandat zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit zu er-

theilen bezw. anzunehmen, in Fällen ausgeschlossen sein, in denen der Bürge aus Gefälligkeit etwa wegen verwandtschaftlicher oder sonstiger naher Beziehungen zum Hauptschuldner in dessen Auftrage Bürgschaft leistet, z. B. um einem in Vermögensverfall gerathenen Verwandten durch Eröffnung von Kredit wieder aufzuhelfen, um im Konkurse desselben das Zustandekommen eines Zwangsvergleiches zu bewirken, um einem Studirenden die Benutzung einer öffentlichen Bibliothek zu ermöglichen u. dergl. Auch Hasenbalg (a. a. O. S. 696, 697) erkennt an, daß Fälle denkbar seien, in denen der Schuldner vielleicht gehofft habe, den Bürgen vor der Zahlung zu bewahren, der Bürge dies möglicherweise erwartet habe; will aber eine derartige Hoffnung des Schuldners bezw. Erwartung des Bürgen aus dem Kreise der juristisch relevanten Thatsachen gänzlich ausweisen. Er übersieht hierbei jedoch, daß sich in dieser Intention der Parteien der rechtlich sehr erhebliche Vertragswille, das Mandat auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit auszuschließen, kundgiebt.

Daß die Vertragschließenden nicht bloß ein Mandat zur Eingehung der Bürgschaft, sondern auch zur Erfüllung der verbürgten Schuld gewollt haben, ist hiernach, weil nicht aus dem Wesen des Vertrages folgend, im Zweifel nicht anzunehmen, sondern muß in jedem einzelnen Falle von demjenigen, der Rechte darauf gründet, durch besondere Umstände bewiesen werden, welche auf ein Mandat zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit schließen lassen. Als Beweismoment für den auf Abschluß eines Mandats zur Erfüllung gerichteten Parteiwillen wird hier besonders ins Gewicht fallen die Absicht des Bürgen, dem Hauptschuldner in der Person des Gläubigers eine Vermögensleistung zu machen, sei es nun, daß der Bürge dem Hauptschuldner aus irgend welchem Rechtsgrunde zu der Leistung verpflichtet ist, sei es, daß dem Bürgen zur Deckung seiner Regreßansprüche Sicherheit bestellt ist, sei es, daß er den Hauptschuldner schenkungsweise bereichern will, also mit anderen Worten: wenn der Bürge in Ausführung des Auftrages des Hauptschuldners nicht credendi causa, sondern namentlich solvendi causa oder donandi causa Bürgschaft leistet.

Mit diesen Ausführungen steht auch das Reichsgericht in dem Urtheile des I. Hülfssenats vom 12. Oktober 1880 (Entscheidungen in Civilsachen Bd. 3 S. 219—221) im Einklang, indem dasselbe bei „Beurtheilung des zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen zu Stande gekommenen Vertrages, auf Grund dessen die Bürgschafts-

übernahme erfolgt ist", nur unter Berücksichtigung der besonderen rechtlichen und thatsächlichen Eigenthümlichkeiten der Wechselbürgschaft, „den Vertragswillen der Kontrahenten dahin auffaßt, daß der Bürge, von dem nach eingetretener Fälligkeit bei Vorlegung des von ihm mitunterschriebenen Wechsels die Zahlung der Wechselsumme verlangt wird, unter der Voraussetzung, daß er von den Umständen, die ihm eine Einrede gegen die Klage auf Zahlung geben würden, keine Kenntniß erhalten, als vom Hauptschuldner mit wechselmäßiger Zahlung an den Wechselgläubiger beauftragt angesehen werden müsse".

Dieser Entscheidung liegt also die doppelte Auffassung zu Grunde: einmal daß für die Beantwortung der Frage, ob das Mandat zur Uebernahme der Bürgschaft den Auftrag zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit in sich schließt, der aus den konkreten Umständen des Einzelfalles zu ermittelnde Vertragswille der Kontrahenten allein maßgebend ist; sodann — wie nach der angeführten Begründung der Entscheidung e contrario mit Sicherheit zu schließen ist — daß insbesondere der Civilbürge ohne Hinzutritt besonderer Umstände als vom Hauptschuldner mit der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit beauftragt nicht angesehen werden kann. —

Auch die Motive zu den §§ 585, 586 des Entwurfes (Bd. 2 S. 529) heben hervor: „daß der Umfang des ertheilten Auftrages sich nach dem erforderlichenfalls aus den Umständen zu ermittelnden Willen des Auftraggebers bemißt," indem sie hier auf die die Auslegung des Vertragswillens betreffenden allgemeinen Vorschriften der §§ 73, 359 des Entwurfes Bezug nehmen.

Allein es ist ungenau, bei Bemessung des Umfanges des Auftrages einseitig auf den Willen des Auftraggebers das entscheidende Gewicht zu legen, da der Auftragsvertrag „durch die Annahme des Auftrages" (§ 585 des Entwurfes), also wie jeder andere Vertrag dadurch geschlossen wird, „daß die Vertragschließenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären" (§ 77 des Entwurfes). Somit ist der übereinstimmende Wille des Auftraggebers und des Beauftragten, nicht der einseitige Wille des Auftraggebers für den Umfang des Auftrages maßgebend.

3. Die Ansicht, daß der dem Bürgen ertheilte Auftrag zur Uebernahme der Bürgschaft seinem Wesen nach ein Mandat zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit in sich schließe, beruht ihrem letzten Grunde nach auf einer Verwechselung der verschiedenen rechtlichen Beziehungen:

a) des Bürgen zum Gläubiger (äußere Seite der Bürgschaft),

b) des Bürgen zum Hauptschuldner (innere Seite der Bürgschaft).

Es erscheint nothwendig, diese bei Lösung unserer Streitfrage nicht genügend beachtete Verschiedenheit der rechtlichen Beziehungen des Bürgen zum Gläubiger einerseits und zum Hauptschuldner andrerseits scharf zu betonen, weil hier die Quelle des Irrthums zu suchen ist.

Hasenbalg, dessen Ausführungen wir im Eingange (S. 365) wiedergegeben haben, verkennt, daß der Bürge aus der Uebernahme der Bürgschaft sehr wohl dem Gläubiger zur Erfüllung verpflichtet sein kann, ohne daß er es darum aus dem Auftrage auch dem Schuldner gegenüber zu sein braucht. Aus diesem Grunde beruht auch folgende Schlußfolgerung Hasenbalg's (a. a. O.):

> „Bei der fideiussio ist das wesentliche des Geschäfts nicht die Uebernahme der fremden Schuld, sondern das Erfüllen der übernommenen Verbindlichkeit" (äußere Seite der Bürgschaft).
>
> „Eben deshalb (!) ist auch der wesentliche Theil des zur Eingehung der Bürgschaft dem fideiussor ertheilten und angenommenen Auftrages" (innere Seite!) der, die fragliche Verbindlichkeit für den Schuldner zu zahlen."

auf einem eklatanten Trugschlusse. Freilich bildet die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit den wesentlichen Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung (§ 224 des Entwurfes und die Titelüberschrift daselbst: Inhalt der Schuldverhältnisse). Allein der Rückschluß von dem Inhalt der Bürgschaftsverbindlichkeit auf den Umfang des dem Bürgen ertheilten Auftrages ist kein zwingender, und es erscheint unzulässig, aus dem rechtlichen Inhalte der äußeren Seite der Bürgschaft unmittelbar auf die innere Seite derselben, das Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner, zu schließen. Geradezu unbegreiflich aber ist es, wenn Hasenbalg einwendet: „an der einfachen Uebernahme der Verbindlichkeit liege namentlich dem Gläubiger gar nichts, er wolle Erfüllung" —, da doch der Gläubiger schon aus „der einfachen Uebernahme der Verbindlichkeit" den Bürgen jeder Zeit zur Erfüllung zwingen kann.

Hiernach enthält der Auftrag des Hauptschuldners an den Bürgen zur Uebernahme der Bürgschaft den Auftrag zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit nicht einmal als naturale, geschweige denn als essentiale, sondern nur als accidentale negotii.

4. Abweichend von den Motiven zu dem Entwurfe eines bürger-

lichen Gesetzbuchs fassen wir nun das Resultat obiger Erörterungen dahin zusammen:

Der dem Bürgen vom Hauptschuldner ertheilte Auftrag zur Uebernahme der Bürgschaft schließt weder seinem Wesen und Zwecke nach den Auftrag, eintretendes Falles, den Gläubiger zu befriedigen, in sich, noch ist im Zweifel der Parteiwille dahin auszulegen, daß der Bürge auch mit der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit beauftragt ist; vielmehr kann auf die Absicht der Kontrahenten, ein Mandat auch zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit zu ertheilen bezw. anzunehmen, nur aus den besonderen Umständen des Einzelfalles geschlossen werden.

Daß der Umfang des Auftrages sich auf die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit mit erstreckt, ist daher im Streitfalle von derjenigen Partei (Hauptschuldner oder Bürgen) zu beweisen, welche im Wege der Klage oder Einrede Rechte daraus herleitet.

Von praktischer Wichtigkeit ist die streitige Grundauffassung namentlich für die Entscheidung der Frage, ob dem Bürgen der Rückgriff gegen den Hauptschuldner auf Erstattung der aus dem Verzuge des Bürgen erwachsenen Ansprüche des Gläubigers, insbesondere der durch die Rechtsverfolgung gegen den Bürgen entstandenen Kosten, zusteht.

Nach der von uns begründeten Auffassung muß dieser Ersatzanspruch dem im Auftrage des Hauptschuldners handelnden Bürgen regelmäßig zugesprochen werden, da derselbe im Zweifel als mit der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit nicht beauftragt anzusehen ist, somit den Bürgen dem Hauptschuldner gegenüber ein Vorwurf aus der Nichterfüllung nicht treffen kann, vielmehr dessen Auftraggeber, dem Hauptschuldner, ein von demselben zu vertretendes Versehen insofern zur Last fällt, als er es auftragswidrig geschehen läßt, daß der Bürge vom Gläubiger zur Erfüllung herangezogen wird.

Diesem Regreßanspruche kann aber der Hauptschuldner mit der Einrede begegnen, daß der Bürge die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit übernommen habe.

5. Betrachten wir nun im Hinblick auf unsere bisherigen Ausführungen die hier in Frage kommenden Bestimmungen des Entwurfes eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, so ergiebt sich das überraschende Resultat, daß insbesondere die im § 677 Nr. 3 und 4 enthaltenen Vorschriften nur in der von uns entwickelten, von den

Motiven gemißbilligten Auffassung des zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner bestehenden Mandatsverhältnisses ihre Erklärung finden können.

§ 677 des Entwurfes bestimmt:

„Der Bürge, welcher im Auftrage des Hauptschuldners sich verbürgt oder als Geschäftsführer des Hauptschuldners in Ansehung der Bürgschaft gegen diesen die Rechte eines Beauftragten nach Maßgabe der §§ 753, 755, 758 erlangt hat, kann von demselben Befreiung von der Bürgschaft oder Sicherheitsleistung wegen der Ersatzansprüche, welche sich aus der Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung ergeben würden, verlangen:

— — — — — — — — — — — — — — — — — — — —

3. wenn der Hauptschuldner mit Erfüllung der Hauptverbindlichkeit in Verzug gekommen ist;
4. wenn der Bürge zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger verurtheilt worden ist."

Diese unter den zu Nr. 3 und 4 gedachten Voraussetzungen dem Bürgen schon *vor* der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit zustehenden Regreßansprüche auf Befreiung oder Sicherstellung haben gerade den Zweck, den Bürgen gegen die ihm aus dem Verzuge des Schuldners bezw. seiner eigenen Verurtheilung drohende Gefahr eines Zwanges zur *Erfüllung gegenüber dem Hauptschuldner zu schützen*, lassen sich also nur aus der Unterstellung rechtfertigen, daß der dem Bürgen ertheilte Auftrag zur Uebernahme der Bürgschaft den Auftrag zur Erfüllung *nicht* in sich schließt.

Denn ist der Bürge aus dem Mandat dem *Hauptschuldner* zur Erfüllung verpflichtet, so führt der Bürge den vom Hauptschuldner ihm ertheilten Auftrag erst aus durch *Erfüllung* der Hauptverbindlichkeit und darf folgeweise dem Hauptschuldner keinen Vorwurf daraus machen, daß derselbe seinerseits nicht erfüllt hat und in Verzug gerathen ist, bezw. es zur Verurtheilung des Bürgen hat kommen lassen, und es ist schlechthin kein legislativer Grund ersichtlich, aus welchem für den Fall, daß der Bürge dem Hauptschuldner gegenüber die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit übernommen hat, der Regreß des Bürgen auf Befreiung oder Sicherstellung *vor* Erfüllung der Hauptverbindlichkeit sich rechtfertigen ließe. Vielmehr muß in diesem Falle der Hauptschuldner daraus, daß der Bürge ihm gegenüber die *Erfüllung* der Hauptverbindlichkeit übernommen hat, die exceptio doli gegen die aus § 677 Nr. 3, 4 des Entwurfes erhobene Re-

greßklage des Bürgen auf Befreiung oder Sicherstellung herleiten können.

Auch die römischen Rechtsquellen l. 38 § 1 D. mandati 17, 1 l. 10 C. eod. 4, 35, welchen die im § 677 Nr. 3 und 4 des Entwurfes enthaltenen Bestimmungen entnommen sind, basiren auf der Voraussetzung, daß der Bürge aus dem Auftrage dem Hauptschuldner zur Erfüllung nicht verpflichtet ist, wie namentlich der Schlußsatz der l. 38 § 1 a. a. O. klar ergiebt:

„. . . . fiedeiussor an et priusquam solvat, agere possit, ut liberetur? Nec tamen semper exspectandum est, ut solvat aut iudicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessabit, aut certe bona sua dissipabit; praesertim si domi pecuniam fideiussor non habebit, qua numerata creditori mandati actione conveniat."

Die Stelle setzt also geradezu voraus, daß der Bürge das zur Zahlung an den Gläubiger nöthige Geld nicht bereit hat, und giebt ihm für diesen Fall den Regreßanspruch auf Befreiung, unterstellt also, daß der Hauptschuldner gegen den Bürgen gar kein Recht auf Erfüllung hat.

Nicht zutreffend ist die Beschränkung auf diese Voraussetzung dagegen in den Fällen des § 677 Nr. 1 und 2 des Entwurfes, welche dem Bürgen den nämlichen Regreßanspruch gewähren:

„1. wenn die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners sich wesentlich verschlechtert haben;

2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner durch eine nach Schließung des Bürgschaftsvertrages eingetretene Aenderung des Wohnsitzes oder des Aufenthaltes desselben erheblich erschwert worden ist."

Die Gründe, auf welchen diese Ausnahmebestimmungen beruhen, sind:

a) nach Schließung des Bürgschaftsvertrages eingetretene veränderte Umstände, welche die Sicherheit bezw. die Verfolgbarkeit des Regreßanspruches zum Nachtheile des Bürgen erheblich beeinflussen,

b) die dadurch gerechtfertigte Besorgniß, daß die Verwirklichung der aus der Erfüllung künftig erwachsenden Regreßansprüche des Bürgen vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

Diese Gründe bleiben auch für den Fall maßgebend, daß der Bürge sich dem Hauptschuldner zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit verpflichtet hat.

Der Auftrag des Hauptschuldners an den Bürgen zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit schließt also keineswegs die Anwendbarkeit der Nr. 1 und 2, wohl aber die der Nr. 3 und 4 § 677 des Entwurfes aus. Wir erachten es daher für geboten, der im Wesen der Sache begründeten Verschiedenheit der Voraussetzungen, auf welchen die Nr. 1 und 2 des § 677 einerseits, und die Nr. 3 und 4 andererseits beruhen, im Gesetze selbst Ausdruck zu geben und zwar in der Weise, daß für den Fall, daß der Bürge aus dem Mandat dem Hauptschuldner zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit verpflichtet ist, hieraus dem Hauptschuldner eine Einrede (exceptio doli) gegen die Klage des Bürgen aus § 677 Nr. 3 und 4 des Entwurfes gewährt wird. Für die römischen Quellen lag ein Grund zur Hervorhebung dieser Einrede nicht vor, da dieselben, wie wir oben gezeigt haben, ein auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit gerichtetes Mandat gar nicht voraussetzen.

Wir würden hiernach einen Schlußsatz zu § 677 des Entwurfes in folgender Fassung vorschlagen:

„es sei denn, daß in den Fällen 3 und 4 der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit übernommen hat."

II. Ist der Bürge, welcher vom Gläubiger aus der Bürgschaft gerichtlich in Anspruch genommen wird, nach gemeinem Rechte verpflichtet, dem Hauptschuldner den Streit zu verkünden?[3])

Die Frage wird bejaht von Glück,[4]) Holzschuher,[5]) Förster-Eccius,[6]) jedoch ohne weitere Begründung; verneint dagegen von mehreren Prozessualisten: Schmid,[7]) Bayer,[8]) Wetzell.[9]) Wir schließen uns der letzteren Ansicht an.

---

[3]) Obige Frage, für das gemeine Recht von uns gestellt, ist auch für die Entstehungsgeschichte und die legislative Bedeutung der einschlagenden Vorschriften des A.L.R. I 14 § 342 ff. von größter Wichtigkeit (vgl. unten III), und soll deshalb hier einer eingehenden Prüfung unterzogen werden, an welcher es unseres Wissens bisher gänzlich mangelt.

[4]) Kommentar Bd. 20 S. 406.

[5]) Theorie und Kasuistik Bd. 3 S. 988 Nr. 8.

[6]) Preuß. Privatrecht Bd. 2 § 144 Note 109; irrthümlich ist dort die gar nicht in Betracht kommende l. 12 pr. §§ 1, 2, 3 D. mandati 17, 1 zitirt, es kann nur l. 10 § 12 h. t. gemeint sein.

[7]) Handbuch § 64 S. 161 ff.

[8]) Vorträge S. 145, 146.

[9]) Civilprozeß § 7 S. 41.

Ihre Hauptstütze entnimmt die bejahende Ansicht der l. 10 § 12 D. mandati 17, 1.

„Generaliter Julianus ait, si fideiussor ex sua persona omiserit exceptionem, qua reus uti non potuit, si quidem minus honestam habere eum mandati actionem; quodsi eam, qua reus uti potuit, si sciens id fecit, non habiturum mandati actionem, si modo habuit facultatem rei conveniendi desiderandique, ut ipse susciperet potius iudicium vel suo, vel procuratorio nomine."

Indeß beruht die Ansicht, welche hieraus die Pflicht des Bürgen zur Streitverkündung herleiten will, auf einem völligen Mißverständniß der Stelle.

Zunächst muß es auffallen, daß in der Stelle der technische Ausdruck für die Streitverkündung „denuntiare, denuntiatio" nicht gebraucht ist, während sonst für diesen Begriff die Terminologie der Quellen fest ist.[10])

Ferner ist der Zweck der Streitverkündung ein anderer als der Zweck der in der Stelle erwähnten Aufforderung des Bürgen an den Hauptschuldner. Durch die Streitverkündung soll der Dritte (Litisdenunziat) veranlaßt werden, dem Streitverkünder als Nebenintervenient zum Zwecke der Unterstützung desselben im Rechsstreite beizutreten (§§ 63, 69, 71 C P.O.), „caussae adesse", „defendere", „assistere", wie es die Quellen ausdrücken; der Streitverkünder will Hauptpartei im Prozesse bleiben, der Dritte soll nur als Nebenpartei ihm zur Seite treten. Anders dagegen in unserer l. 10 § 12 a. a. O.; hier soll der Hauptschuldner (aus weiter unten zu entwickelnden Gründen) im Prozesse nicht neben den Bürgen, sondern an dessen Stelle treten, „ut ipse susciperet potius iudicium vel suo vel procuratorio nomine". Die Stelle spricht also gar nicht von einer Nebenintervention, zu welcher der Hauptschuldner vom Bürgen aufgefordert werden soll, sondern von einer vollständigen Uebertragung des Rechtsstreites auf den Hauptschuldner, sog. translatio iudicii (vgl. Keller, Röm. Civilprozeß § 68 S. 292), und schon deswegen kann die in der Stelle erwähnte Aufforderung des Bürgen nicht Streitverkündung im eigentlichen Sinne sein.

Der Schlußsatz der Stelle „quodsi eam, qua reus" etc., auf den es hier ankommt, sagt:

---

[10]) Vgl. l. 49 pr. D. iudiciis 5, 1; l. 53 § 1; l. 62 § 1 D. evictionibus 21, 2; l. 8, 9, 20, 23 C. eod. 8, 45; l. 1 C. periculo 4, 48; l. 8 C. sententiis 7, 45.



„Wenn der Bürge die Geltendmachung einer Einrede, welche der Hauptschuldner benutzen konnte, wissentlich unterlassen hat, so steht ihm die Regreßklage aus dem Mandat (actio mandati contraria) nicht zu, sofern nur der Bürge die Möglichkeit hatte, den Hauptschuldner aufzufordern, daß letzterer vielmehr selbst den Rechtsstreit übernehme, sei es im eigenen Namen, sei es als Vertreter des Bürgen."

Wollte man aus dieser Entscheidung Julian's die Verpflichtung des Bürgen zur Streitverkündung herleiten, so käme man konsequent dahin, den Juristen einer doppelten Absurdität zu zeihen:

a) Julian setzt voraus, daß der Bürge eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede wissentlich nicht benutzt hat. Dies allein raubt dem Bürgen schon in Folge seines dolus oder seiner culpa lata jeden Regreßanspruch.[11]) Wie hätte der Jurist noch als weitere Bedingung für den Verlust des Regreßanspruchs die Unterlassung der Streitverkündung fordern sollen?

b) Der Jurist beschränkt den Verlust der Regreßklage auf den Fall, daß der Bürge, welcher die Einrede nicht geltend macht, dieselbe kannte. Folgeweise erachtet er, wie e contrario namentlich in Verbindung mit l. 29 pr. § 1 und 2 eod. mit Sicherheit zu schließen ist, für den Fall, daß die Einrede dem Bürgen unbekannt war, die Regreßklage ohne Weiteres für begründet. Und doch wäre die Statthaftigkeit der Regreßklage, wenn wirklich eine Verpflichtung des Bürgen zur Streitverkündung bestände, im letzteren Falle gerade von der Streitverkündung abhängig.

Diese zwiefache Absurdität fällt aber nicht sowohl dem alten Juristen, als seinen Interpreten zur Last.

Der Schlußsatz der l. 10 § 12 a. a. O. ist mißverstanden worden, weil man ihn aus dem Zusammenhange mit dem vorhergehenden Satze herausgelöst hat.

Der Schlüssel zu dem Verständniß der Stelle — und das ist bisher allgemein übersehen worden — liegt einfach darin, daß auch im zweiten Falle: quodsi eam, qua reus uti potuit, Julian von der nämlichen Voraussetzung ausgeht, wie in dem zuerst entschiedenen Falle, nämlich „siquidem minus honestam" (fideiussor omiserit exceptionem).

Beide Fälle liegen in ihren thatsächlichen Voraussetzungen gleich

---

[11]) l. 29 pr. D. mandati 17, 1.

bis auf den Unterschied, daß im ersten Falle der Hauptschuldner die Einrede nicht benutzen konnte, wohl aber im zweiten Falle.

1. Der Bürge hat eine seinem Anstandsgefühl widerstrebende Einrede (exceptionem minus honestam) nicht geltend gemacht, welche der Hauptschuldner doch nicht hätte gebrauchen können, z. B. die Einrede der Verjährung der Bürgschaftsverbindlichkeit l. 29 § 6 D. mandati 17, 1. Hier steht ihm ganz allgemein und ohne Rücksicht auf sein Wissen die Regreßklage gegen den Hauptschuldner zu, da dem Bürgen nicht zugemuthet werden soll, eine Einrede geltend zu machen, welche mit seinen Begriffen von Anstand nicht vereinbar ist, und der Hauptschuldner die Einrede nicht gebrauchen kann.

2. Kann dagegen der Hauptschuldner eine gleich anstößige Einrede (exceptionem minus honestam) selbst benutzen und der Bürge hat deren Geltendmachung unterlassen, so ist zu unterscheiden:

a) Der Bürge hat die Einrede nicht gekannt, so steht seinem Regreßanspruche nichts im Wege.

Hätte er aber wirklich die Pflicht zur Streitverkündung, so wäre gerade in diesem Falle sein Regreßanspruch verloren.

b) Der Bürge hat die Einrede gekannt. Selbst in diesem Falle soll dem Bürgen noch nicht zugemuthet werden, die exceptio minus honesta geltend zu machen, um ihn nicht mit seinem Anstandsgefühl in Konflikt zu bringen. Diesen Konflikt zwischen dem Anstandsgefühl des Bürgen und dessen Pflichten gegen den Hauptschuldner löst nun die Stelle in der Weise, daß sie dem Bürgen die Verpflichtung auflegt, den Hauptschuldner zu benachrichtigen und ihn aufzufordern, den Rechtsstreit vielmehr selbst zu übernehmen, um ihm dadurch die Möglichkeit zu eröffnen, selbst die dem Bürgen anstößige Einrede vorzubringen.

Die Stelle fordert also nur in diesem ganz abnormen Falle eine Benachrichtigung des Hauptschuldners und von einer allgemeinen Pflicht des Bürgen zur Streitverkündung ist überall nicht die Rede. Mit diesem Resultat steht auch die l. 10 § 11 D. mandati 17, 1 im Einklang: „fideiussores et mandatores et si sine iudicio solverint, habent mandati actionem“. Denn, wenn der Bürge unbeschadet seines Regreßanspruches sogar zahlen darf, ohne es auf den Prozeß ankommen zu lassen, um wieviel weniger wird man ihn, wenn er es zum Prozesse kommen läßt, zur Streitverkündung verbindlich machen können.[12]) l. 21 D. R. J. 50, 17. „Non debet, cui plus

[12]) So auch Wetzell a. a. O.

licet (i. e. solvere sine iudicio), quod minus est (i. e. denuntiationem omittere) non licere.

Die von Förster-Eccius (a. a. O.) für das gemeine Recht vertretene Ansicht, welche auf der einen Seite dem Bürgen gestattet, ohne Klage den Gläubiger zu befriedigen, auf der anderen Seite dem Bürgen die Pflicht zur Streitverkündung an den Hauptschuldner auflegen will, tritt hiernach nicht nur mit den positiven Vorschriften des römischen Rechts, sondern auch mit der Rechtslogik in unlösbaren Widerspruch.

III. Einwirkung der unter II als irrthümlich erwiesenen Lehre des gemeinen Rechtes auf die Entstehung der entsprechenden Vorschriften des Preuß. Landrechts.

Die von uns unter II entwickelte Interpretation der l. 10 § 12 D. mandati 17, 1 verbreitet nun ein ganz überraschendes Licht über die Entstehung der §§ 342—349 A.L.R. I 14. Man wird kaum fehl gehen, wenn man die Aufnahme dieser Vorschriften in das Gesetzbuch daraus erklärt, daß die Redaktoren des Landrechts unter dem Einflusse der damals herrschenden, von uns (zu II) als irrthümlich erwiesenen gemeinrechtlichen Lehre standen, welche aus der l. 10 § 12 a. a. O. die Pflicht des Bürgen zur Streitverkündung an den Hauptschuldner ganz allgemein herleitete.

Zum Beweise dieser Hypothese heben wir zunächst folgende Bestimmungen des Landrechts heraus:

§ 344 a. a. O.

„Wird die Klage von dem Gläubiger wider den Bürgen wirklich angestellt, so muß letzterer den Hauptschuldner zu dem Prozesse gerichtlich mit vorladen lassen."

§ 347 a. a. O.

„Meldet sich aber der Hauptschuldner bei dem Prozesse, so ist er, auf Verlangen des Bürgen, schuldig, denselben allein zu übernehmen; und der Bürge ist ihn nur insoweit fortzusetzen gehalten, als er darin seine eigenen Einwendungen gegen die Verbindlichkeit aus der Bürgschaft ausführen will."

Diese Vorschriften ergeben nach Form und Inhalt ganz klar, daß das Mißverständniß der l. 10 § 12 a. a. O. die trübe Quelle ist, aus welcher die Redaktoren dieselben geschöpft haben.

Das im § 347 a. a. O. erwähnte „Verlangen des Bürgen, daß der Hauptschuldner den Prozeß allein übernehme", ist eine fast wörtliche Wiedergabe des in der l. 10 § 12 a. a. O. enthaltenen

Satzes: „desiderandique, ut ipse susciperet potius iudicium vel suo, vel procuratorio nomine.“

Karakteristisch ist es ferner für die mißverständliche Nachbildung der l. 10 § 12 a. a. O., daß das Landrecht das nur für den abnormen Fall einer exceptio minus honesta, qua reus uti potuit — zuläſſige Verlangen des Bürgen: „ut ipse (sc. reus) potius iudicium susciperet“ — irrthümlich generaliſirend, über das Ziel der Streitverkündung hinausschießt, indem dasselbe den Hauptschuldner ganz allgemein verpflichtet, auf Verlangen des Bürgen den Prozeß allein d. h. an Stelle des Bürgen selbst zu übernehmen.[13])

Der zweite Satz des § 347 a. a. O.

„und der Bürge ist ihn (den Prozeß) nur insoweit fortzusetzen gehalten, als er darin seine eigenen Einwendungen gegen die Verbindlichkeit aus der Bürgschaft ausführen will.“

verdankt seine Entstehung zweifelsohne der irrigen Auffassung der Redaktoren, daß bei Uebernahme des Prozesses der Hauptschuldner die in der l. 10 § 12 a. a. O. erwähnte exceptio, qua reus uti potuit, der Bürge die exceptio, qua reus uti non potuit geltend zu machen habe, wofür die Stelle nicht den geringsten Anhalt bietet.

Nach diesen Ergebnissen dürfte die Annahme nicht gewagt erscheinen, daß die §§ 342 ff. a. a. O.

„Wird der Bürge von dem Gläubiger zuerst in Anspruch genommen: so muß er dem Hauptschuldner davon unverzüglich Nachricht geben, und dessen schriftliche Einwilligung in die Bezahlung der geforderten Summe verlangen.

§ 343.

„Kann er diese Einwilligung nicht erhalten; so muß er es auf den Prozeß ankommen lassen.“

---

[13]) Förster-Eccius (Bd. 2 § 144 Note 110, 111 führt deshalb diese Vorschrift unter dem Einflusse der Civilprozeßordnung auf das richtige Maaß zurück, indem er es nicht mehr für zuläſſig erachtet, daß der Hauptschuldner den Prozeß allein mit der Folge übernehme, daß dann gegen ihn ein auch gegen den Bürgen geltendes Urtheil ergehe,“ vielmehr annimmt, „daß der Prozeß lediglich gegen den Bürgen fortgesetzt werde und der Hauptschuldner nur als (Neben-) Intervenient auftreten könne.“

Auch Struckmann und Koch (Kommentar zu § 64 C.P.O. Note 2) führen unter Berufung auf § 236 Abs. 2 C.P.O. zutreffend aus, „daß die vollständige Uebernahme des Prozesses an Stelle der Hauptpartei, so daß diese gänzlich ausscheidet, nur mit Zustimmung aller Theile (hier also des klagenden Gläubigers) erfolgen kann.

die in der l. 10 § 12 a. a. O. vorausgesetzte „facultas rei conveniendi", d. h. die für den Bürgen, welcher vom Gläubiger zuerst in Anspruch genommen wird, vorhandene Möglichkeit einer Benachrichtigung des Hauptschulders, zum Ausgangspunkte genommen haben.

Das Landrecht hat sich also durch die in den §§ 342—349 a. a. O. gegebenen Vorschriften gar nicht in bewußten Gegensatz zum gemeinen Rechte setzen, vielmehr sich an dasselbe eng anschließen wollen und ist nur durch die mißverständliche Auffassung der Quellen des gemeinen Rechtes hier unbewußt zu demselben in Gegensatz getreten.

IV. Ist die nach gemeinem Rechte dem Hauptschuldner obliegende Verpflichtung, dem von ihm beauftragten Bürgen von seinen Einwendungen gegen die Forderung des Gläubigers Kenntniß zu geben, im Wesen der in Betracht kommenden Rechtsinstitute (Bürgschaft und Auftrag) begründet und darum legislativ gerechtfertigt?

Der Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches hat es vermieden, eine Bestimmung darüber zu treffen:

a) ob im Anschlusse an das römische[14]) Recht „der Bürge,[15]) welcher aus Auftrag des Hauptschuldners sich verbürgt hat, sich keines Versehens schuldig mache, wenn er den Gläubiger befriedigt, ohne sich vorher durch Anfrage beim Hauptschuldner zu vergewissern, ob der letztere mit der Befriedigung einverstanden sei; ob es hiernach Sache des Schuldners sei, dem Bürgen zeitig von seinen Einwendungen gegen die Forderung des Gläubigers Kenntniß zu geben";

b) oder ob, wie nach Maßgabe der unter III. von uns besprochenen §§ 342 ff. A.L.R. I 14, „der Bürge, wenn der Gläubiger ihn in Anspruch nimmt, dem Hauptschuldner unverzüglich Nachricht geben und dessen schriftliche Einwilligung in die Bezahlung verlangen, und falls er diese Einwilligung nicht erhalten hat, es auf den Prozeß ankommen lassen muß, zu welchem er den Hauptschuldner zu laden hat (Streitverkündung)."

Die Motive[16]) rechtfertigen die Ablehnung einer prinzipiellen Entscheidung dieser Frage dahin:

„Im Wesen des Bürgschaftsvertrages findet ... weder die eine, noch die andere Normirung eine zureichende Stütze. Der

---

[14]) l. 29 pr. und § 2 D. mandati 17, 1.

[15]) Motive zu § 676 des Entwurfes S. 675.

[16]) a. a. O.

Bürge hat den Auftrag erhalten, sich zu verbürgen und demgemäß den Gläubiger zu befriedigen, wenn die anderweite Befriedigung desselben unterbleibt. Hieraus läßt sich noch nichts für die Entscheidung der Frage abnehmen, ob er den Gläubiger ohne vorherige Rückfrage bei dem Hauptschuldner befriedigen darf. Nur die Umstände des Einzelfalles können in dieser Beziehung ausschlaggebend sein. Es bliebe gewagt, durch eine positive Norm der einen oder der anderen Art einzugreifen."

Wir erachten dagegen eine positive Entscheidung zu Gunsten der ersteren Alternative (a), also eine Lösung der Frage im Sinne des römischen Rechtes für geboten, nicht nur aus dem Wesen des Bürgschaftsvertrages, sondern auch aus dem Wesen des der Uebernahme der Bürgschaftsverpflichtung zu Grunde liegenden Auftrages:

1. Die Pflicht des Hauptschuldners, dem Bürgen rechtzeitig von seinen Einwendungen gegen die Forderung des Gläubigers Kenntniß zu geben, folgt aus dem Wesen des Bürgschaftsvertrages, und zwar aus der akzessorischen Natur der Bürgschaft.

Die akzessorische Natur der Bürgschaft ist auch im Entwurfe[17]) scharf ausgeprägt insbesondere in dem

§ 670: „Hat der Bürge sich zu einer größeren oder zu einer beschwerlicheren Leistung verpflichtet, als zu welcher der Hauptschuldner verpflichtet ist, oder hat er eine Leistung, zu welcher der Hauptschuldner nur bedingt verpflichtet ist, unbedingt versprochen, so haftet er als Bürge nicht weiter, als der Hauptschuldner verpflichtet ist."

§ 671 Abs. 1: „Der Bürge kann die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit auf Grund von Einreden verweigern, welche dem Hauptschuldner gegen die verbürgte Forderung zustehen."

Die nach dem § 668 Abs. 1 des Entwurfes von dem Bürgen zu erfüllende Verbindlichkeit des Hauptschuldners ist und bleibt für den Bürgen eine fremde Schuld, welche ihrem Inhalte und Umfange nach auch für die Verpflichtung des Bürgen maßgebend ist. Die rechtliche Qualität dieser Schuld zu kennen, namentlich zu wissen, ob dieselbe durch Einreden entkräftbar ist, muß aber in erster Reihe von demjenigen verlangt werden, in dessen Person regelmäßig diese Verbindlichkeit entstanden ist, d. i. vom Hauptschuldner; während

---

[17]) Motive zu den §§ 670, 671 Bd. 2 S. 660, 661.

dem Bürgen, der an eine fremde Schuld herantritt, nicht zugemuthet werden kann, über die rechtliche Beschaffenheit dieser fremden Verbindlichkeit informirt zu sein, insbesondere zu wissen, ob dieselbe durch Einreden abgewehrt werden kann.

So begründet auch die l. 29 pr. D. mandati 17, 1 die fragliche Verpflichtung des Hauptschuldners:

„potuit enim .... reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum,“

potuit, der Hauptschuldner konnte, hatte die thatsächliche Möglichkeit, den Bürgen von seinen Einwendungen zu benachrichtigen, da es sich um seine eigene Schuld handelt, deren rechtliche Beschaffenheit er besser kennen muß, als der für eine fremde Schuld eintretende Bürge.

2. Die Pflicht des Hauptschuldners zur rechtzeitigen Mittheilung von Einreden an den von ihm beauftragten Bürgen folgt aber auch ferner aus dem von uns unter I entwickelten Wesen und präsumtiven Umfange des der Bürgschaft zu Grunde liegenden Auftrages:

a) Hat der Bürge sich dem Hauptschuldner nicht zur Erfüllung verpflichtet — und dies entspricht nach unserer Darlegung zu I im Zweifel dem präsumtiven Vertragswillen der Parteien — so karakterisirt sich folgerichtig die Befriedigung des Gläubigers seitens des Bürgen nicht als Ausführung des ihm vom Hauptschuldner ertheilten Auftrages, sondern als die einfache, kraft rechtlicher Nothwendigkeit eintretende Folge der Verbürgung. Ist aber die vom Bürgen geleistete Erfüllung regelmäßig nicht Ausführung des Auftrages des Hauptschuldners, so kann auch nach den das Mandat beherrschenden Grundsätzen vom Bürgen nicht verlangt werden, daß er bei der Befriedigung des Gläubigers die sonst bei Ausführung eines Auftrages erforderliche Sorgfalt anwenden müsse, insbesondere läßt sich daraus, daß der Bürge vor der Befriedigung des Gläubigers nicht die Einwilligung des Hauptschuldners nachgesucht und nach Einreden nicht geforscht hat, ein aus dem Mandate vom Bürgen zu vertretendes Versehen nicht herleiten, weil eben die Befriedigung des Gläubigers gar nicht in den Kreis der kraft Auftrages vom Bürgen zu leistenden Handlungen fällt.

Diesen Gedanken drückt die l. 29 pr. D. mandati 17, 1 dahin aus: „ubi vero ignoravit (sc. fideiussor) nihil, quod ei imputetur.“ Damit ist ein dem Bürgen zurechenbares, schuldhaftes Unterlassen, aus welchem er für seine Nichtkenntniß

etwaiger Einreden verantwortlich sein könnte, gerade in Ansehung der Befriedigung des Gläubigers direkt verneint.

b) Der Hauptschuldner dagegen, der es unterläßt, dem von ihm beauftragten Bürgen die geltend zu machenden Einwendungen mitzutheilen, handelt fahrlässig bei Ertheilung des Auftrages, da er wissen muß, daß die Bürgschaftsverpflichtung ihrem rechtlichen Inhalte nach den Bürgen in die Lage versetzen kann, die Hauptverbindlichkeit erfüllen zu müssen. Die eigene Fahrlässigkeit des Hauptschuldners läßt eine Einrede desselben gegen die Regreßklage des Bürgen (actio mandati contraria) als unstatthaft erscheinen, da der Bürge dieselbe mit der replica doli zurückweisen kann. In dieser Weise wird in der mehrfach zitirten l. 29 pr. D. mandati 17, 1 die fragliche Verpflichtung des Hauptschuldners gerechtfertigt: „.... debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum." debuit, der Schuldner mußte den Bürgen benachrichtigen, d. h. er hatte die rechtliche Verpflichtung hierzu aus der Ertheilung des Auftrages an den Bürgen überkommen.

Dies Beispiel liefert wieder den glänzenden Beweis dafür, mit wie vollendeter Sicherheit die römischen Juristen aus dem Wesen der klar von ihnen erkannten Rechtsbegriffe, ohne dieselben näher zu entwickeln, intuitiv die richtige Entscheidung zu treffen wissen.

Den vom römischen Rechte abweichenden Vorschriften des Landrechts ist aus den unter III von uns entwickelten Gründen in legislativer Hinsicht eine selbständige prinzipielle Bedeutung gar nicht beizumessen; dieselben erscheinen nicht nur willkürlich und prinzipwidrig, sondern beruhen auch einerseits auf einem Mißverständniß der römischen Rechtsquellen, andrerseits auf einer falschen Billigkeit und Konnivenz gegen den Hauptschuldner.

Bei dieser Sachlage ist aber eine positive Vorschrift, welche die Frage im Sinne des römischen Rechtes löst, im Interesse der Rechtskonsequenz und der Rechtssicherheit dringend geboten. Es wäre sehr zu bedauern, wenn hier eine Lücke bliebe, da mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß die Rechtsprechung ohne festen Halt zwischen dem römischen und dem landrechtlichen Standpunkte hin und her schwanken würde. Eine positive Bestimmung erscheint hier weit nothwendiger, als etwa die im § 668 Abs. 2 des Entwurfes gegebene Vorschrift:

„der Beweis, daß die Hauptverbindlichkeit erfüllt sei, liegt dem Bürgen ob,"

welche mit Rücksicht auf den § 193 Satz 2:

„Wer die Aufhebung eines Anspruches .... geltend macht, hat die Thatsachen zu beweisen, welche zur Begründung der Aufhebung .... erforderlich sind."

wohl überflüssig ist.

Wir unterbreiten daher den Vorschlag: zwischen die §§ 677 und 678 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich folgende Bestimmung einzuschalten:

§ 677a: „Hat der Hauptschuldner den Bürgen mit der Uebernahme der Bürgschaft beauftragt, so ist er verpflichtet, demselben rechtzeitig von seinen Einwendungen gegen die Forderung des Gläubigers Kenntniß zu geben. Versäumt er dies, so steht die Nichtgeltendmachung von Einwendungen seitens des Bürgen dessen Ansprüchen aus den §§ 676, 677 Nr. 4 nicht entgegen, es sei denn daß der Bürge Kenntniß von den Einwendungen gehabt hat."

5.

Literatur zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich.

Von Herrn Gerichtsassessor Dr. Neumann zu Berlin.

(Fortsetzung.)

Entwurf eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die vom Bundesrath berufene Kommission. Nebst Motiven. Amtliche Ausgabe. Berlin-Leipzig, J. Guttentag (D. Collin) 1888. 314 S.

Durch das Erscheinen des Einf.Ges., über dessen Inhalt bisher Mittheilungen nur auf dem unsicheren Wege der Tagespresse in die Oeffentlichkeit gelangt sind, ist nunmehr authentische Kunde gegeben, in welcher Form und in welchem Umfange die Verf. des Entwurfs sich die Gesetzeskraft ihres Werkes gedacht haben.

Der Entwurf des Einf.Ges. zerfällt in vier Abschnitte:

1. Allgemeine Vorschriften (Artt. 1—8).
2. Verhältniß des Gesetzbuches zu den Reichsgesetzen (Artt. 9—31).

An der Spitze steht der allgemeine Grundsatz:

„Die Vorschriften der Reichsgesetze bleiben in Kraft. Sie treten jedoch insoweit außer Kraft, als aus dem bürgerlichen Gesetzbuche oder aus diesem Gesetze die Aufhebung sich ergiebt."

Es folgen dann die zahlreichen zur Ergänzung, bezw. zur Abänderung der Reichsgesetze erforderlich befundenen Bestimmungen. Für die C.P.O. sind ca. 70 Zusatzparagraphen bezw. Abänderungsbestimmungen in Aussicht genommen. Konkursordnung, Einf.G. zur C.P.O. und K.O., Strafgesetzbuch, Strafprozeßordn., Gewerbeordn. und eine Reihe kleinerer Reichsgesetze werden in Mitleidenschaft gezogen.

3. Verhältniß des Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen (Artt. 32—91).

Den allgemeinen Grundsatz enthält Art. 32 dahin:

„Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht in dem bürgerlichen Gesetzbuche oder in diesem Gesetze bestimmt ist, daß sie in Kraft bleiben sollen."

Nach Regelung der Verhältnisse der Landesherrn und landesherrlichen Familien und des Familien- und Güterrechts der ehemaligen reichsständischen Häuser und des ehemaligen Reichsadels folgt in Artt. 35—91 die ganze Masse des unberührt bleibenden Landesrechts.

4. Uebergangsvorschriften.

Die verschiedeuen Materien dieses Abschnitts sind nach dem System des bürgerlichen Gesetzbuchs geordnet.

Für eine eingehendere Besprechung ist hier nicht der Ort; wir können indeß nicht umhin, die Hoffnung auszusprechen, daß mit der Fertigstellung dieses Werkes, welches die Verbindung zwischen dem alten und neuen Rechtszustande zu vermitteln und dem bürgerlichen Gesetzbuche die Lebens- und Gesetzeskraft zuzuführen bestimmt ist, ein großer und nicht widerrufbarer Schritt auf dem Wege zur Rechtseinheit des Deutschen Volkes gemacht sei.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. (Fortsetzung.) Von Otto Gierke. (Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung 2c. XIII. Jahrgang 1. Heft S. 183—322. Leipzig, Duncker u. Humblot.)

In dem fünften Abschnitt seines Aufsatzes behandelt G. das Obligationenrecht des Entwurfs. Im Allgemeinen billigt er die Zugrundelegung der Pandektenlehre. Indeß erweise sich die gedankliche Grundlage des Entwurfs nur soweit ausreichend, als es sich es darum handle, das Prinzip der Verkehrsfreiheit durchzuführen und die im freien Spiel der wirthschaftlichen Kräfte sich knüpfenden und lösenden vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen unabhängigen Individuen in ein angemessenes Rechtsgewand zu kleiden.

Die Bedenken, welche die streng individualistische Struktur des Obligationenrechts errege, verdoppelen sich im Hinblick auf den umfassenden Geltungsbereich des Obligationenrechts, dessen Grundsätze auch für die im Sachen-, Familien-, Erb- und Körperschaftsrecht wurzelnden und selbst für die dem öffentlichen Recht entstammenden vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten maßgebend sein sollen.

G. tadelt die allzustraffe Durchführung des römischen Gedankens von dem persönlichen Band der Obligation zwischen Gläubiger und Schuldner. Neben dem berechtigten Grundsatz der Unabhängigkeit des sog. dinglichen Rechtsgeschäftes von der obligatorischen causa sei die Anerkennung des „Rechtes zur Sache" zu erfordern. Mindestens aber sei durch Erweiterung der Kategorie der dinglichen Rechte Raum für ein gesundes Miethsund Pachtrecht zu schaffen.

Der Entwurf ignorire fast vollständig, daß die obligationenrechtliche Bindung, gerichtet auf ständige Thätigkeit für einen bestimmten Zweck, die Persönlichkeit als solche ergreife und darum ein personenrechtliches

Element entfalte. Es zeige sich dieser Mangel namentlich bei dem Dienst- und Gesellschaftsvertrage.

Am fernsten liege dem Entwurf die Beachtung der sozialrechtlichen Bezüge des Obligationenrechts: kein Schutz der Schwachen gegen wirthschaftliche Uebermacht, möglichst schrankenlose Vertragsfreiheit, allzustrenges Schuldrecht.

Im Einzelnen wendet sich G. gegen die Motive zu § 206 und fordert Anerkennung der Obligation als eines „Vermögensrechts". Andererseits fordert er die Ausdehnung des bei einigen Deliktsobligationen angenommen Prinzips der „billigen Geldentschädigung" wegen eines anderen als eines Vermögensschadens auf alle Deliktsobligationen sowie die Möglichkeit eines Anspruchs auf Ersatz eines durch Vertragsbruch verursachten immateriellen Schadens.

Eine gesetzgeberische Entscheidung der Frage, ob eine Abschwächung der Schuldverhältnisse durch Vereinbarung der Haftung des Schuldners nur mit einem Theile seines Vermögens oder mit einzelnen zu demselben gehörigen Sachen wirksam herbeigeführt werden könne (Mot. II, § 2), wäre am Platze gewesen.

Bezüglich der Zinsen protestirt G. gegen die Beseitigung des reichsrechtlich dem Schuldner eingeräumten Rechts, eine Schuld, für die er mehr als 6 % Zinsen gewährt oder zusagt, nach Ablauf eines halben Jahres halbjährig zu kündigen.

Bedenklich ist ihm die vollständige Abschaffung des beneficium competentiae.

Zu § 298 befürchtet G., daß der Mangel einer Bestimmung, nach welcher der Zedent für den Bestand der Forderung im Zweifel nur auf Höhe des empfangenen Gegenwerthes hafte, nur dem Wucher zu Gute komme.

Zu § 312 bemängelt er den Satz, daß ein nicht übertragbares Recht insoweit, als die Ausübung einem Andern überlassen werden kann, Mangels gegentheiliger Gesetzesbestimmung der Pfändung unterliegen solle. Sehr angreifbar erscheint uns die hieraus von G. gezogene Konsequenz, daß z. B. das Urheberrecht in jedem Stadium seiner Entwicklung pfändbar sei, so daß auch die Veröffentlichung eines bei dem Schuldner vorgefundenen Manuskripts im Wege der Zwangsvollstreckung angeordnet werden könne. Wodurch sollte die heutige Rechtsauffassung beseitigt sein, daß die Entscheidung, ob ein nicht veröffentlichtes Werk druckreif oder zur Veröffentlichung geeignet, als ein höchst persönliches Recht des Autors oder auch seiner Erben zu erachten sei? (vgl. Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 2, § 310 z. E.)

Die nähere Ausgestaltung des rechtlichen Vorganges im Falle des eigentlichen Schuldübernahmevertrages (§ 314 ff.) sei bedenklich, insbesondere bedauert er den Wegfall einer dem § 41 des preuß. Ges. vom 5. Mai 1872 entsprechenden Bestimmung, durch welche die Befreiung des Veräußerers von der persönlichen Schuld erleichtert und beschleunigt werde.

Die Regelung der Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern (§§ 320—341), für welche der Grundsatz der Getheiltheit gemeinschaftlicher Forderungen und Schulden gelte, entspreche nicht den deutschen Anschauungen und unserem Verkehrsleben.

Bezüglich der Gewährleistung wegen Mängel der veräußerten Sache tritt G., soweit es sich um die Regelung der Gewährleistung wegen Viehmängel handelt, vollständig auf Seite des Entwurfs, rügt im Uebrigen die Anlehnung an das römische Recht und die Ablehnung der von diesem abweichenden Bestimmungen des preuß. Landrechts und des H.G.B.; er hält es unter allen Umständen für angezeigt, die in Deutschland niemals recht heimisch gewordene römische Minderungsklage, welche der Entwurf bei Viehmängeln ausschließt, überhaupt fallen zu lassen und dem Erwerber im Einklange mit unserem Rechtsbewußtsein und unseren Verkehrsgewohnheiten stets nur die Wandelungsklage zu gewähren.

Bei den Verträgen zu Gunsten Dritter umgehe der Entwurf die eigentlichen Schwierigkeiten, indem er den Richter ausschließlich auf die Erforschung des Parteiwillens verweise, ohne eine subsidiäre gesetzliche Regel zu geben.

Die Vorschriften des Entwurfs über die Konventionalstrafe seien geeignet, maßlose Ansprüche wachzurufen, namentlich vermißt er das richterliche Ermäßigungsrecht und befürchtet, daß alle Vorschriften wider den Wucher durch die schrankenlose Freiheit des Strafgedinges illusorisch gemacht würden.

Bezüglich der Schenkung rügt er die Härte gegen den Schenker, fordert Beseitigung der ausdrücklich gegen denselben (§ 445) vorbehaltenen Schadensersatzansprüche, Aufnahme des beneficium competentiae, Ausdehnung des Widerrufsrechts wegen Undanks, Gestattung des Widerrufs wegen Uebermaßes und wegen nachgeborener Kinder. Vermißt werden Sonderbestimmungen über belohnende Schenkungen.

Zu §§ 683 ff., § 607 weist G. auf die mit der Einführung des abstrakten Schuldversprechens und der verpflichtenden Kraft des Anweisungsakzepts in den gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr verbundene Gefahr hin; namentlich werde hierdurch ein wesentliches Stück Wechselrecht generalisirt, von dem Zwange der Wechselklausel und der Gebundenheit an das Geldversprechen befreit und auf Papiere jeder Form und mit jedem beliebigen Obligationeninhalt übertragen.

Ausführlicher behandelt G. die Schuldverschreibung auf den Inhaber und bekennt sich als Gegner der von dem Entwurfe zu Grunde gelegten Kreationstheorie. Mag man auch die Nothwendigkeit einer Milderung der von dem Entwurfe gezogenen Konsequenzen zugeben, so vermögen wir dennoch die Ausführungen G.'s, welcher es als den „obersten Grundsätzen der Gerechtigkeit“ widersprechend hält, daß der Aussteller des vor der Ausgabe gestohlenen Inhaberpapiers dem redlichen Erwerber hafte, nicht mit dem von ihm im 4. Abschnitte dieses Aufsatzes als „Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit“ aufgestellten Satz in Einklang zu bringen, nach welchem der Urheber eines Schadens ihn zu bessern hat. Ist nicht auch hier, wenn beide Theile schuldlos, doch der redliche Erwerber „noch unschuldiger“ als der Aussteller, welcher durch die Ausstellung doch erst den Gegenstand und damit die Möglichkeit und Gefahr des Diebstahls geschaffen hat? Erscheint nicht auch hier der G.'sche Satz zutreffend: „Muß einmal ein Schade getragen werden, so scheint unter übrigens gleichen Umständen derjenige, der ihn verursacht hat, näher hierzu berufen zu sein, als der bloß passiv Betheiligte?“

G. wendet sich ferner gegen die vom Entwurfe angenommene Theorie, wonach der Inhaber — nicht der Eigenthümer — des Papiers als wahrer Gläubiger erscheint.

Beim Darlehen rügt er die Festsetzung einer einheitlichen Kündigungsfrist von sechs Wochen ohne Unterscheidung nach der Größe des Darlehens und wendet sich gegen den § 458 (Mot. S. 315), wonach der Darlehnsversprecher auch dann zur Darleihung gezwungen werden solle, wenn bereits zur Zeit des Versprechens eine ihm unbekannte Zahlungsunfähigkeit des anderen Theils vorgelegen hätte.

Bei Kauf und Tausch konstatirt G. mehrfache Zugeständnisse an das deutsche Recht, bedauert die Aufstellung der Regeln über Kauf auf Probe oder Besicht (§ 471—473), anstatt einfacher Wiederholung der Sätze des H.G.B.

Bei dem Erbschaftskaufe, der passender in das Erbrecht zu stellen sei, entspreche der Uebergang der Erbschaft als eines Ganzen den Verhältnissen mehr, als die vom Entwurfe statuirte obligationenrechtliche Verpflichtung des Erben zur Uebertragung der einzelnen Erbschaftssachen und Rechte.

Die Bestimmungen über Miethe und Pacht seien, auch abgesehen von dem Satz: „Kauf bricht Miethe", schablonenhaft und doktrinär. Sonderung der Miethes- und Pachtverhältnisse, Unterscheidung nach dem Gegenstande, ob beweglich oder unbeweglich, sei nothwendig. Er tadelt die Ausdehnung des gesetzlichen Pfandrechts des Vermiethers bezw. Verpächters auf sämmtliche Forderungen aus dem Vertragsverhältnisse, sowie die Abschaffung des fast in ganz Deutschland geltenden Rechts des Pächters auf Zinsnachlaß wegen Mißwachses und sonstiger außerordentlicher Unglücksfälle (§ 534). Anstatt des dem Pächter gegebenen obligationenrechtlichen Anspruchs auf Eigenthumserwerb sei ihm ein dingliches Anrecht auf die durch seine Mühe und Aussaat erzeugten Früchte zu gewähren. Die Bestimmung, daß ein auf länger als 30 Jahre geschlossener Mieths-, bezw. Pachtvertrag, nach Ablauf von 30 Jahren von beiden Seiten gekündigt werden könne, sei nicht begründet.

Bei dem Dienstvertrage sei das personenrechtliche Element ungenügend beachtet. Einerseits sei dem auf Lebenszeit angestellten Privatbeamten jederzeit das Recht sechsmonatlicher Aufkündigung zu geben; andererseits sei die bei Dienstverträgen auf unbestimmte Zeit unterschiedslos auf zwei Wochen normirte gesetzliche Kündigungsfrist (§ 563) viel zu kurz bemessen. Nicht zutreffend erscheint die Annahme G.'s, daß die vierteljährliche Kündigungsfrist des preuß. Landrechts für Erzieher, Erzieherinnen, Privatsekretäre und Andere, die mit erlernten Wissenschaften oder Künsten im Hause Dienste leisten, durch den Entwurf aufgehoben und dafür „ein Recht eingeführt sei, nach welchem alle solche Personen Mangels anderer Abrede 14 Tage nach der Aufkündigung aus dem Hause gejagt werden können". Nach Art. 46 des Einf.Ges. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Gesinderecht angehören, unberührt und wird dadurch die Landesgesetzgebung ermächtigt, auch den Begriff des Gesindes festzustellen. Somit muß der fünfte Tit. II. Th. ALR., welcher auch die Bestimmungen über Hausoffizianten, Erzieher und Erzieherinnen rc. enthält, als fortgeltend angesehen werden.

G. vermißt die Regelung des Verlags-[1]) und Versicherungsvertrages und tadelt die Uebergehung solcher modernen Verkehrsgeschäfte, bei denen die einfache Verweisung auf das Prinzip der Vertragsfreiheit der Ausbeutung des Schwachen durch den Starken Thür und Thor öffne, so insbesondere des Mobilienleihvertrages.

In dem Abschnitte über Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen rügt er als prinzipiellen Fehler die Annahme des Grundsatzes, daß alle Schadensersatzpflicht lediglich aus Verschulden bezw. aus eigenem Verschulden fließen könne.

Unbegründet erscheinen die Angriffe gegen § 704, aus welchem G. das Resultat zieht, daß der Pächter gegen den Zerstörer seiner Saat, auf welche ihm ja nur ein obligatorischer Anspruch gegen den Verpächter zustehe, einen eigenen Schadensersatzanspruch nicht habe, vielmehr auf die Abtretung eines solchen seitens des in seinem Eigenthume verletzten Verpächters angewiesen sei. Da der Zerstörer indeß die Entstehung des Schadens vorausgesehen hat oder voraussehen mußte, so ist seine Schadensersatzpflicht gegenüber dem Pächter aus § 704 Abs. 1 begründet. § 704 Abs. 2 aber beschränkt nicht die Vorschrift des Abs. 1, geht vielmehr über denselben insofern hinaus, als er mit Rücksicht auf die unmittelbare Richtung der Handlung gegen das Recht des Beschädigten die Schadensersatzpflicht des Thäters nicht davon abhängig macht, daß dieser die Entstehung des Schadens vorausgesehen hat oder voraussehen mußte!

Auf die Ausführungen G.'s über § 705 und seine hieran anknüpfende Kritik der Stellung des Entwurfs zur exceptio doli können wir im Rahmen dieser Besprechung nicht näher eingehen, wollen nur die Hoffnung aussprechen, daß gerade auf dem Gebiete der Deliktsobligation der Entwurf eine grundsätzliche Aenderung erfahren möchte. Insbesondere auch dürften die Vorschriften des Entwurfs über Beschädigung durch Ausgießen, Auswerfen, Herabfallen (§§ 728—733), die Regelung der Beschädigung durch Thiere dem Rechtsgefühle unserer Zeit nicht entsprechen.[2])

System und Sprache des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Von Dr. Ernst Immanuel Bekker, Geheimrath und Professor der Rechte in Heidelberg. Berlin und Leipzig. J. Guttentag (D. Collin) 1888. 86 S. (2. Heft der Bekker und Fischer'schen Beiträge).

So wenig B. den Entwurf auch für ein Meisterstück hält, und obwohl auch er als Romanist ihn nicht als wissenschaftlich, sondern als doktrinär bezeichnet, so wünscht er dennoch, daß der Entwurf eingeführt

---

[1]) Vergl. das Gesuch des deutschen Schriftstellerverbandes an den Reichskanzler des Inhalts, das Verlagsrecht in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen oder durch ein besonderes Gesetz zu ordnen. Deutsche Presse 1889 No. 4.

[2]) Auch in dem vorliegenden Berichte haben wir die Ausführungen G.'s, welche der Materie der „Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe" angehören, mit Rücksicht auf die in Aussicht gestellte besondere Behandlung übergangen. Ueber das Sachenrecht werden wir, sobald die G.'sche Besprechung desselben vollständig vorliegt, berichten.

werde sobald wie möglich und darum auch verändert so wenig wie möglich. Eine durchgreifende und erfolgreiche Verbesserung hält er für äußerst schwierig und kaum erreichbar, andererseits glaubt er, daß die Gefahren der Einführung mit nur geringen oder ganz ohne Veränderungen meist überschätzt werden; er sieht in eben diesem Vorgehen vielmehr die sicherste Brücke, um überhaupt zu bessern Rechtszuständen in Deutschland hindurchzudringen. Das Recht des Entwurfs werde sich manche Streckung und Beugung gefallen lassen müssen, um dadurch der herrschenden allgemeinen Ueberzeugung dereinst noch näher gebracht zu werden, als die eigenen Urheber beabsichtigt und erwartet haben. Möge man dann nach Verlauf von Jahrzehnten, während welcher die besten Kräfte der ganzen Nation auf gerechte Würdigung und Fortbildung des gemeinsamen Rechts hinarbeiten, das Gesammtresultat der Erfahrungen und der Arbeit in die Form eines neuen Gesetzeswerkes bringen, bis dahin sich aber erfreuen des sicheren und unzerstörbaren Erwerbs, des geeinten deutschen Rechts.

Die Bedenken wegen der Umgrenzung (§ 2) des aufgenommenen Stoffes, die sich immer erheben lassen, wie auch die Grenzlinie gezogen sei, will er nach Kräften unterdrücken, zumal jede nicht ganz geringe Erweiterung unberechenbare Folgen nach sich ziehen könne. B. sucht vergeblich ein Prinzip zu entdecken, das für die Zuweisung an die Landesgesetzgebung maßgebend gewesen; er vermißt die Erwähnung des Wegerechts, das im Entwurf übergangen und auch durch kein Reichsgesetz geregelt sei. Seine Befürchtung, daß Zweifel und Streit nicht ausbleiben werden, wie weit die in den speziellen Reichsgesetzen behandelten Materien den allgemeinen Vorschriften des Gesetzbuchs über Fahrlässigkeit, Irrthum, Anspruchsverjährung rc. unterliegen, erledigt sich vielleicht durch Satz 1 Art. 9 des Einf.Ges. (vgl. Mot. S. 67 z. E.), durch welchen im gewissen Sinne die privatrechtlichen Bestimmungen der Reichsgesetze der Kodifikation einverleibt werden.

Bei Ordnung des Stoffes seien die Bedenken, ob gewisse Sätze in den allgemeinen Theil oder in eins der Spezialbücher gehören, regelmäßig zu Ungunsten des allgemeinen Theils entschieden. So bei den in das Sachenrecht aufgenommenen allgemeinen Bestimmungen über Sachen, welche doch auch dem Obligationen-, Familiengüter- und Erbrecht geläufige Dinge seien. Hieran knüpfe sich der weitere Mangel, daß viele der das „Geld“ betreffenden z. B. noch offenen Fragen durch den Entwurf nicht beantwortet würden. Gerügt wird, daß die Schenkung (S. 40) und der Vergleich (S. 47) in das Obligationenrecht und nicht in den allgemeinen Theil gestellt sind.

Als Lücken (§ 4) bezeichnet er den Mangel der Vorschriften über örtliche Herrschaft der Normen (vergl. darüber Einf.G. S. 15 Anm. 1). Das Fehlen einer Kommorienten-Präsumption und einer Sterblichkeitstabelle giebt ihm Veranlassung gegen die dem Entwurf zu Grunde gelegte Regel zu polemisiren, daß bei Unerweislichkeit des rechtserzeugenden Thatbestandes das fragliche Recht überall nicht zur Anerkennung gebracht werden könne. Wir vermögen dem Verf. darin nicht zu folgen, daß entgegen der Absicht der Kommission dem Wortlaut des § 4 Abs. 2 in der großen Mehrzahl der Kommorientenfälle das Ueberleben des Jüngeren entnommen werden könne.

Die Vermuthung des § 4 Abs. 2 ist nach ihrem Wortlaut dieselbe für alle Personen bis zum siebenzigsten Lebensjahre und wirkt nicht kräftiger bei dem Jüngeren, wie bei dem Aelteren. Es würde, wenn in der Mehrzahl der Fälle beide Kommorienten noch nicht das siebenzigste Lebensjahr überschritten haben, die Vermuthung sowohl für den Jüngeren streiten, daß er den Erbfall hinter dem Aelteren, als auch für den Aelteren, daß er den Erbfall hinter dem Jüngeren erlebt habe, wenn man nicht annehmen will, daß die Lebensvermuthung durch den Nachweis des Todes vor dem siebenzigsten Lebensjahr, auch wenn die Zeit des Todes ungewiß bleibt, überhaupt hinfällig wird (vergl. Mot. 1 S. 32).

Als Ueberflüssiges (§ 5) bezeichnet er die §§ 9—20, für welche in der Novelle zur C.P.O. der Platz sei, die Anweisungen, welche §§ 918, 919 der Polizeibehörde hinsichtlich der gefundenen Sachen ertheile, zumal der Entwurf sonst jeglicher Befassung mit dem öffentlichen Recht, seiner Uebung und ihren Organen ängstlich aus dem Wege gehe. Ferner erscheint ihm eine Reihe von Sätzen, weil selbstverständlich, überflüssig.

Ein gewichtigerer Vorwurf — wenn begründet — ist der, daß der Entwurf nicht konsequent an den einmal angenommenen Grundbegriffen festgehalten, bezw. daß er sich nicht zu fertigen Grundbegriffen hindurchgerungen habe (§§ 6 ff.). B., welcher seine Behauptung hier nur durch Andeutungen glaubhaft machen will, behält sich einen ausführlicheren Nachweis vor.

Zu den unfertigen Grundbegriffen rechnet B. den des objektiven Rechts. Abgesehen von dem Staatsvertrag und der Autonomie finden nur zwei Arten des objektiven Rechts prinzipielle Anerkennung, Gesetz und Gewohnheitsrecht. Der Entwurf wisse nichts von einer mittleren zwischen Gesetz und Gewohnheit stehenden Quellengruppe, zu welcher gehören edicta magistratuum, decreta und rescripta principum, responsa prudentium, auctoritas rerum similiter iudicatarum ohne Unterschied, ob die Judikate einer älteren oder (wie die reichsgerichtlichen Entscheidungen) der neuesten Zeit angehören, Rechtssprüchwörter, Rechtsbücher (wie der Sachsenspiegel), Statutensammlungen, Beschlüsse der Börsenältesten und anderer Vorstände kaufmännischer Vereinigungen, Gutachten von Sachverständigen-Vereinen. Da die Motive hierüber direkt nichts sagen, dieselben vielmehr als Grund gegen die Zulassung des Gewohnheitsrecht die Unbestimmtheit der meisten Gewohnheitsrechte anführen, diese Unbestimmtheit aber den meisten der angeführten Zwischenbildungen nicht anhafte, so erwachse die Wahrscheinlichkeit, daß diese Mitteldinge zwischen Gesetz und Gewohnheit garnicht in Betracht gezogen seien und damit der Zweifel, ob die Kommission sich zu klaren Gedanken über den Gegensatz von Gesetz und Gewohnheit hindurchgerungen habe. Die Folge davon seien die Zweifelsfragen, welche sich an § 2 knüpfen: Sind die vorgenannten Abarten des Gewohnheitsrechts mit demselben in den Bann gethan oder können sie wegen ihrer Gesetzähnlichkeit auf einige Gnade hoffen?

Dieser Vorwurf B.'s kann als begründet nicht anerkannt werden. Zunächst ist B. darin nicht beizutreten, daß Judikate, Rechtssprüchwörter, Gutachten von Sachverständigen-Vereinen und dergl. Quellen objektiven

Rechtes seien; dieselben können vielmehr nur als Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechts gelten. Ebensowenig können die anderen von B. genannten Bildungen als selbständige Rechtsquellen angesehen werden. Dieselben leiten ihre rechtsverbindliche Kraft entweder aus dem Gesetzesrechte oder aus dem Gewohnheitsrechte ab und fallen damit in die eine oder andere Kategorie.

Aber angenommen selbst, daß Zwischenbildungen der von B. behaupteten Art zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht vorhanden seien, so trifft dennoch der hinsichtlich des § 2 erhobene Vorwurf der Unklarheit schon deshalb nicht zu, weil diese Vorschrift sich auf das schon bestehende Gewohnheitsrecht garnicht bezieht, sondern nur die Bildung von Gewohnheitsrecht unter der Herrschaft des bürgerlichen Gesetzbuchs ausschließen will. Ueber das Verhältniß des bürgerlichen Gesetzbuches zum bestehenden Recht — und auch zum bestehenden Gewohnheitsrecht — bestimmt das Einf.Ges., dessen Art. 39 auch der großen Masse der wesentlich den Landesrechten angehörigen „Mitteldinge" die Rechtswirksamkeit nehmen wird.

Des weiteren rügt B., daß der Begriff des subjektiven Rechts, insonderheit die Begriffe „des Gegenstandes" und des „Vermögens" nicht fertig gedacht und durchgeführt seien.

Bezüglich der Rechtsgeschäfte wendet er sich gegen die Terminologie des Entwurfs, welcher „Willenserklärung" und „Rechtsgeschäft" der Regel nach als gleichbedeutend verwendet.

Eine eingehendere Würdigung dieser Ausführungen kann an diesem Orte nicht stattfinden. Es sei nur folgender von B. gegebener und entschiedener Fall hervorgehoben, an welchem er nachweisen will, wie das Uebersehen des realen Elementes den Entwurf geschädigt habe.

„Einer Offerte ist die offerirte Waare, 100 Cigarren, beigegeben. Der Empfänger probirt, findet Gefallen und raucht in voller Kenntniß des ganzen Sachverhalts die 100 Cigarren auf. Man wird geneigt sein, das für eine stillschweigende Annahme der Offerte anzusehen; nach dem Entwurf wäre alsdann der Annehmer gebunden nicht schon durch das Aufrauchen der letzten Cigarre, sondern erst durch die Kenntniß, die der Offerent hiervon erhielte."

Indeß übersieht B. bei der Entscheidung und Besprechung seines Falles den § 86 des Entwurfs, der, auch ohne besondere Hervorkehrung des realen Elements, die B.schen Angriffe gegenstandslos macht.

Der Antragende hat mit dem Antrag gleichzeitig die angebotene Leistung übersendet; dies bedeutet, daß der Antragende keine Antwort, sondern nur Annahme erwartet (vgl. Mot. I. S. 172 z. E.). Daraus folgt (§ 86 Abs. 1), daß zur Wirksamkeit, der — in dem Verbrauche der Cigarren liegenden — Annahme nicht erforderlich ist, daß die Annahme zur Kenntniß des Antragenden gelangt.

B. kritisirt noch eine Anzahl „Definitionen" des Entwurfs (§ 9), rügt zu § 144 die Bezugnahme auf den „ordentlichen Hausvater", beim „Schatz" (§ 928) die Ungewißheit, ob derselbe auch im Beweglichen entdeckt werden könne, vermißt eine Definition des Tausches und fragt, ob unter diesem Namen nur do ut des-Geschäfte zu verstehen seien, oder welche anderen

außer diesen? er wünscht eine Begriffsbestimmung der „höheren Gewalt" und eine Abgrenzung des Spiels gegen die Wette und gegenüber anderen aleatorischen (namentlich den Börsen-) Geschäften.

Als „sprachliche Sünden" werden dem Entwurf „Mangel der Volksthümlichkeit" (§ 10) und „Deutschthümeleien" (§ 11) vorgeworfen. Schließlich bringt B. unter der Rubrik „Allerlei" noch eine Reihe von redaktionellen Rügen und Vorschlägen.

Das Grundprinzip des einzuführenden deutschen Volksrechts. (Petition an den Reichskanzler) von B. Bleiken, Rechtsanwalt in Kiel. Kiel. Biernatzki. 17 S.

Die Petition geht dahin, der Reichskanzler wolle

1. die mit der Ausarbeitung des betreffenden Gesetzentwurfes betraute Kommission veranlassen, es in eingehendste Erwägung zu ziehen, ob das Grundprinzip des heidnisch-römischen Rechts das des einzuführenden einheitlichen, deutschen Volksrechts sein darf, und ob unter der Herrschaft jenes Rechts ein christliches Volksleben und eine auf der allgemeinen Wehrpflicht beruhende Heeresverfassung, bestehen können.
2. dafür Sorge tragen, daß dieser Gesetzentwurf dem deutschen Reichstage nicht vorgelegt werde, bevor sich hinsichtlich des „leitenden Grundsatzes" (Savigny), bevor sich also hinsichtlich der Frage, ob entweder das heidnisch-römischrechtliche Eigenthumsprinzip oder die Idee der christlich-germanischen Ehe das Grundprinzip unseres Volksrechts sein soll, eine klare und feste „rechtliche Ueberzeugung der Nation" (Puchta) gebildet hat.

Wie bei der Verwirklichung der Ehe als Grundprinzip unseres Volksrechts sich die einzelnen Rechtsinstitute gestalten werden, gedenkt B. in einer demnächst unter dem Titel: „Das deutsche Volksheer, das deutsche Volksrecht und die christliche Volkskirche" zu veröffentlichenden Schrift darzulegen. Indeß auch diese Schrift soll nur eine „Vorarbeit" sein, von welcher der Verf. selbst schon jetzt rühmt, sie beruhe auf Anschauung und Erfahrung, wie sie Niemand besser zur Seite stehen könne ꝛc.

Wir beabsichtigen nicht auf die Ausführungen, mit welchem der Verf. seine Petition begründet, einzugehen.

Aphorismen zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Allgemeiner Theil. Von B. Schilling, Justizrath, Rechtsanwalt beim Oberlandesgericht zu Köln. (Sonderabdruck aus der Kölnischen Volkszeitung.) Köln 1888. Bachem.

Verf., welcher von seinem kirchlichen Standpunkt aus das Eherecht für unannehmbar erklärt, so daß, würde der Entwurf mit demselben als integrirendem Bestandtheile zur Abstimmung im Reichstage gebracht, die katholischen Abgeordneten dem Ganzen ihre Zustimmung versagen müßten, erhebt in seiner Besprechung des allgemeinen Theils gegen eine Reihe von Bestimmungen redaktionelle und inhaltliche Bedenken (ca. 70). Von einem eingehenderen Bericht über diese „Aphorismen" sehen wir ab.

Das Gewohnheitsrecht. Von Professor G. Rümelin in Freiburg i. B. (Jahrbücher für die Dogmatik des römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von Ihering u. A. Jena. Fischer Bd. 27 S. 153—252.)

R. giebt (S. 225 ff.) eine weitere Rechtfertigung der nach des Verf. Meinung in den Motiven vollständig ausreichend und überzeugend begründeten Beseitigung des Gewohnheitsrechts.

Als Fassung des § 2 schlägt er vor: „Das Gewohnheitsrecht hat keine Geltung".

Glossen zum Civilgesetz-Entwurf. Von Rechtskonsulent Rudloff zu Magdeburg (Archiv für civ. Praxis Bd. 73 S. 225—235).

Zu § 42 fordert R., daß die Entstehung und der Verlust der juristischen Persönlichkeit reichsrechtlich an die Eintragung in ein Register geknüpft werde.

Zu § 94. Es müsse genügen, wenn jeder der Kontrahenten die Unterschrift je des anderen unter einer dem Wortlaut nach mit den anderen vollständig gleichlautenden Urkunde habe; erforderlich sei nicht, wie der Wortlaut des Entwurfs annehmen lasse, daß alle übrigen Kontrahenten dieselbe Urkunde unterschrieben haben müßten.

Zu § 351 verlangt R. die Beseitigung der Formalisirung des auf Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke gerichteten obligatorischen Vertrages.

Zum zweiten Buch des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. 1. Abschnitt Titel 1—3. 2. Abschnitt Titel 1, Allgemeine Vorschriften. Von Dr. Paul Laband, Professor in Straßburg. (Archiv für civ. Praxis Bd. 73 S. 161—208, Bd. 74 S. 1—54).

L. schlägt für das zweite Buch den Titel „Recht der Forderungen" vor; er billigt das Verfahren des Entwurfs, welcher sich im Wesentlichen auf die Regelung derjenigen Eventualitäten beschränke, an welche man beim Abschluß eines Geschäftes gewöhnlich nicht denke, oder welche man nicht erwähnen wolle oder könne, für welche daher eine Ergänzung der von den Parteien getroffenen Vereinbarungen ein dringendes Bedürfniß sei.

Verf. beanstandet die systematische Gliederung des Obligationenrechts, welches drei Gruppen „allgemeiner" Rechtsvorschriften enthalte (für alle Schuldverhältnisse, für Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden, für solche aus unerlaubten Handlungen), ohne daß indeß die Anordnung der Rechtssätze nach diesem Prinzip durchgeführt sei (Bd. 73 S. 167). In Verbindung mit diesem Bedenken steht die Rüge (Bd. 74 S. 24), daß zuweilen der Systematik zu Liebe inhaltlich zusammengehörige Bestimmungen räumlich getrennt seien. L. hält es für zweckmäßiger, diejenigen Vorschriften, welche dieselbe Materie betreffen, zusammenzustellen, als sie in einen allgemeinen und einen besonderen „Allgemeinen Theil" auseinander zu reißen.

Von den zahlreichen Einzelbesprechungen des Verf. heben wir nur folgende hervor:

Zu § 206 ist L. damit einverstanden, daß die rechtliche Wirkung eines Leistungsversprechens nicht davon abhängig gemacht werden könne, daß die

Leistung einen Vermögenswerth habe; indeß verlangt er, daß der Gesetzgeber die Voraussetzungen der klagbaren Obligationen festsetze und es nicht in das Belieben des Richters stelle, unter welchen Voraussetzungen dieser das Vorhandensein eines „rechtlichen Verpflichtungswillens" annehmen wolle; der Richter könne nur feststellen, ob die vom Gesetzgeber geforderten Voraussetzungen im konkreten Falle vorliegen oder nicht.

Zu § 213: (Bei der generischen Obligation) „hat der Schuldner eine Sache von mittlerer Art und Güte auszuwählen". Diese Vorschrift betreffe nicht wie bei der alternativen Obligation die Wahl, sondern die Lieferbarkeit, also die Eigenschaft der Sache. Es sei nach Vorgang des H.G.B., anstatt „auszuwählen" zu „gewähren" zu sagen. Damit werde zugleich die Ungleichheit zwischen Schuldner und Gläubiger, für den Fall, daß letzterer die Wahl habe, beseitigt. (Vgl. dagegen Mot. II S. 11 f.). Sodann habe die Vorschrift des § 213 durch ihre Stellung im Abschnitte über „Schuldverhältnisse im Allgemeinen" (vgl. oben) eine zu große Tragweite erhalten. Dieselbe sei auf vertragsmäßige, entgeltliche Schuldverpflichtungen zu beschränken.

Zu § 214. Ausgehend von der bestehenden Kontroverse, ob bei der generischen Verpflichtung die Gefahr der Sache mit der Individualisirung oder mit der Erfüllung übergehe, behauptet L., daß die Frage, wann die Auswahl als vollzogen gelte identisch sei mit der Frage, wann die Gefahr übergehe, so daß der Abs. 1 kaum etwas anderes enthalte als den Satz: „Die Gefahr der ausgewählten Sache geht auf den Gläubiger über in dem Zeitpunkt, in welchem die Gefahr auf ihn übergeht."

Ueber den Gefahrübergang will indeß der Entw. an dieser Stelle gar nichts bestimmen. Hier will er lediglich den Zeitpunkt feststellen, wann die Auswahl als vollzogen zu gelten habe, um einen festen Punkt für die Wirksamkeit der Bestimmungen des Abs. 2 u. 3 zu bieten. Die Bezugnahme auf den Gefahrübergang soll eine kürzere Fassung ermöglichen.

L. hält die Unwiderruflichkeit der Auswahl für bedenklich, wenn die Perfektion der Auswahl durch den Annahmeverzug des Gläubigers herbeigeführt wird (vgl. § 257 Abs. 2). Sei die Sache dem Verderben ausgesetzt, so könne die Unwiderruflichkeit zu ganz absurden Konsequenzen führen. — Theilt indeß die durch unwiderrufliche Auswahl spezialisirte Leistung dieses Bedenken nicht mit jeder, auch der von vornherein spezialisirten Leistung, und bietet sich nicht auch hier der Rechtsbehelf des § 278?

Zu § 215 Abs. 1 macht L. folgenden Gegenvorschlag: „Die Zahlung einer im Inlande zahlbaren Geldschuld kann in Reichswährung auch dann bewirkt werden, wenn die Schuld in ausländischer Währung ausgedrückt ist, sofern nicht die Zahlung in der im Vertrage benannten Münzsorte ausdrücklich bedungen ist.

Nach § 223 gehen auf den Ersatzpflichtigen mit der Ersatzleistung von Rechtswegen die Ansprüche über, welche dem Entschädigten auf Grund seines Eigenthums oder eines sonstigen Rechts gegen Dritte zustehen. Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Billigkeit will L. dem Ersatzleistenden nur das Recht auf Abtretung dieser Ansprüche geben.

Zu § 230. Mit Rücksicht auf die modernen Post- und Bankeinrich-

tungen sei dem Schlußsatz: „Im Falle der Aenderung des Wohnsitzes des Gläubigers hat der Schuldner das Geld dem Gläubiger auf dessen Gefahr und Kosten nach dem gegenwärtigen Wohnsitze zu übersenden,“ die Einschränkung hinzuzufügen: „sofern durch die Veränderung des Wohnsitzes die Leistung des Schuldners erschwert wird.“

Zu § 233 entnimmt L. den Worten „der Schuldner ist zur Zurückhaltung der geschuldeten Leistung berechtigt, die Ausdehnung des Retentionsrechts auf alle Leistungen“ (also auch auf Thun und Unterlassen!), während nach dem Sprachgebrauch ein „Zurückbehalten“ nur möglich sei bei dem, was man „halten“ könne.

Darüber, daß die Voraussetzungen der Konnexität durch das Gesetz nicht näher bestimmt werden, vgl. Mot. II. S. 41 (und gegen L. Hartmann civ. Arch. Bd. 73 S. 318). — Wenn L. annimmt, daß durch den Zusatz „abgesehen von den Fällen des § 364“ diesem Retentionsrecht das Hauptanwendungsgebiet entzogen sei, so geht er nicht auf die von dem Entw. gemachte Unterscheidung: Leistungspflicht aus dem gegenseitigen Vertrage (§ 364) und Verpflichtung aus demselben rechtlichen Verhältnisse (§ 233) ein. Vgl. Mot. II. S. 42.

Die Zweifel L.'s über die Bedeutung des Ausdrucks „Gesetz“ in §§ 236, 342 dürften durch Art. 2 des Einf.Ges. erledigt sein.

Zu § 238 weist L. darauf hin, daß es für den Gläubiger auch von Werth sein könne, im Falle verschuldeter Unmöglichkeit der Leistung (vgl. § 240) die Ersatzansprüche des Schuldners gegen den Dritten zu erlangen. Dieses Recht des Gläubigers kann von Bedeutung werden, wenn in Folge sinkender Konjunktur ein Schadensersatzanspruch geringer als der Ersatzanspruch ist. In diesem Falle würde nach dem Entw. der durch unverschuldete Unmöglichkeit befreite Schuldner des § 237 schlechter stehen als der vertretungspflichtige des § 240.

§ 247. Das Recht des Gläubigers im Falle des Verzugs des Schuldners Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit (Abs. 2) zu fordern, sei nicht davon abhängig zu machen, daß „die Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat“. Vielmehr sei zur Sicherung des Schuldners gegen spekulative Ausbeutung und Chikane des Gläubigers nach Vorgang des Art. 356 H.G.B. dem Gläubiger im Falle der Ablehnung der Leistung eine Anzeigepflicht aufzuerlegen.

§ 346. („Ist die Unmöglichkeit einer Leistung von der Art, daß sie gehoben werden kann, so kann für den Fall, daß die Leistung später möglich wird, ein Vertrag über dieselbe gültig geschlossen werden.

Wird ein Vertrag über eine solche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung geschlossen, so ist der Vertrag gültig, seine Wirksamkeit aber davon abhängig, daß bis zur Zeit der Erfüllung der Bedingung die Unmöglichkeit weggefallen ist.“) Die Motive geben hierzu folgende Erläuterung: „Würde die Unmöglichkeit der Leistung vor Eintritt der Bedingung beseitigt, zur Zeit der Erfüllung der Bedingung aber wieder bestehen, so wäre der Vertrag hiernach nicht unwirksam; er müßte vielmehr namentlich in Bezug auf die Folgen einer Verschuldung hinsichtlich der wieder eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung allerdings Wirkung äußern

(vgl. § 134)." L. kommt demgegenüber zu dem Resultat, daß der Abs. 2 einen unhaltbaren Satz enthalte. Wenn zur Zeit der Erfüllung die Leistung wieder unmöglich geworden sei, so könne es keinen Einfluß haben, daß in der Zwischenzeit vor der Fälligkeit der Leistung die letztere möglich gewesen sei. Denn der Schuldner könne zu der Zeit, zu welcher die Leistung möglich sei, nicht erfüllen, weil die Bedingung nicht eingetreten sei, und nach Eintritt der Bedingung nicht, weil die Bedingung unmöglich sei. Daß der Verpflichtete für eine schuldbare Vereitelung der Erfüllbarkeit hafte, sei zweifellos (§§ 134, 240); der Wortlaut des § 346 Abs. 2 erwähne aber eine Verschuldung des Verpflichteten nicht, er stelle keine andere Voraussetzung auf, als daß in irgend einem Augenblick vor Erfüllung der Bedingung die Leistung thätsächlich möglich gewesen sei. Die L.'sche Kritik ist u. E. nicht zutreffend. Nach § 344 ist ein auf eine (sowohl definitiv als hypothetisch) unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig. § 346 Abs. 1 macht hiervon eine Ausnahme für den Fall, daß bei hypothetischer Unmöglichkeit der Vertrag abgeschlossen wird unter der Bedingung, daß die Leistung später möglich wird. § 346 Abs. 2 fügt eine weitere Ausnahme von § 344 hinzu für den Fall, daß bei hypothetischer Unmöglichkeit der Vertrag unter einer anderen suspensiven Bedingung geschlossen wird. In diesem Falle ist zugleich in der anderen Bedingung als cond. tacita enthalten, „wenn die Leistung möglich wird." Im Moment des Eintritts dieser Möglichkeit — vor Eintritt der gesetzten Bedingung — liegt dann ein bedingter Vertrag über eine mögliche Leistung vor, als solcher, d. h. als bedingter Vertrag, wird der ursprünglich unwirksame Vertrag nun wirksam: Sicherheitsstellung ꝛc., Folgen der verschuldeten Unmöglichkeit ꝛc. richten sich nach den allgemeinen Vorschriften. Dies die Bedeutung des Abs. 2.

Zu § 351 weist L. auf die Inkonsequenz hin, daß für den Vertrag auf Uebertragung des Eigenthums an einer unbeweglichen Sache die gerichtliche oder notarielle Form verlangt werde, nicht aber für Verpfändung und Einräumung dinglicher Rechte. L. bekennt sich aber aus vielfachen (wirthschaftlichen, sozialen und juristischen) Gründen überhaupt gegen den prinzipiellen Grundsatz zwischen beweglichen und unbeweglichen Vermögensstücken, welcher für obligatorische Beziehungen in den heutigen wirthschaftlichen Zuständen nicht begründet sei.

Zu § 361. (Fixgeschäft.) Beim Schweigen des Gläubigers im Falle des Verzugs des Schuldners sei thatsächlich dieser nur noch gebunden; die Gläubiger können unbeschränkt ohne Risiko auf Kosten des Schuldners spekuliren. Diese Regelung der Verzugsfolgen widerspreche der Billigkeit und dem praktischen Bedürfnisse.

§ 367 (exceptio non rite impl. contr.) Voraussetzung sei, daß die Leistung als Erfüllung angenommen sei. Es sei für die Rechtssicherheit gefährlich und eine Quelle von Streitigkeiten, wenn wichtige Rechtsfolgen an einen äußerlich nicht erkennbaren und daher unbeweisbaren Vorgang geknüpft werden. Der praktische Gedanke des Art. 347 H.G.B. sei auszubilden und zu verallgemeinern.

§§ 381, 382. Nach dem Entwurf hafte — entgegen den Motiven und dem bestehenden Rechte — der Veräußerer auch für nicht verborgene

Mängel der Sache, wenn er dieselben gekannt und dem Erwerber verschwiegen habe. Diese Normirung müsse zu unbilligen Härten gegen den Verkäufer führen.

§ 397 (Verjährung des Anspruches auf Wandelung und Minderung). Für bewegliche Sachen sei nach Vorgang des H.G.B.

a) im Interesse des Veräußerers eine Untersuchungs- und Anzeigepflicht des Erwerbers;

b) im Interesse des Erwerbers die Perpetuation seiner Einreden bei rechtzeitiger Anzeige des Mangels auszusprechen.

Zu § 398. Der Veräußerer, welcher ein mangelhaftes genus liefere, sei nicht schlechter zu stellen, als der im Verzug befindliche Veräußerer. Es sei ihm das Recht zu geben, die mangelhafte Sache gegen eine untadelhafte umzutauschen. Auszunehmen seien nur die Fälle, in welchen der Erwerber nachträgliche Erfüllung ablehnen könne. Im Falle des Umtausches habe der Veräußerer Schadensersatz für Verspätung der Lieferung zu leisten und die Kosten des Umtausches zu tragen.

§§ 412—416. Der Abschnitt über die Verträge zu Gunsten Dritter sei inhaltlos. An Stelle dispositiver Rechtssätze würden nur Verweisungen auf den Vertrag gegeben. Dieser biete nur in den seltensten Fällen Handhaben zur Ermittelung des Parteiwillens, so daß der Richter auf die unsicheren und bestrittenen Lehren der Theorie zurückgreifen müsse.

§ 429. Das vertragsmäßige Rücktrittsrecht müsse ausgeschlossen sein, wenn der Rücktrittsberechtigte den empfangenen Gegenstand nicht in wesentlich demselben Zustande, in welchem er ihn empfangen habe, zurückgeben könne. Dies entspreche der regelmäßigen Intention und der bona fides des Vertrages. — § 429 stehe im Widerspruch mit den Grundsätzen des Entwurfs über Tragung der Gefahr (§§ 463, 464, 494). Die Bedeutung des § 429 sei die, daß der Verkäufer die Gefahr bis zum Ablauf der Rücktrittsfrist trage. Nach dem Entwurf sei der Verkäufer, welcher sich den Rücktritt vorbehalten und ihn dem Käufer erklärt habe, an diese Erklärung gebunden und müsse den Kaufpreis mit Zinsen zurückerstatten, wenn er auch nachher erfahre, daß der verkaufte Gegenstand untergegangen oder verschlechtert sei.

§ 435. Mit Rücksicht auf Treu und Glauben und auf die Erfordernisse des Verkehrs schlägt L. eine Abänderung in dem Sinne vor:

„Ist das Rücktrittsrecht gegen Reugeld vorbehalten, und die Erklärung des Rücktritts gegenüber dem anderen Theile erfolgt, ohne daß das Reugeld bei der Erklärung entrichtet wird oder vorher schon entrichtet war, so ist der andere Theil befugt unter Gewährung einer (den Umständen nach angemessenen) Frist zur nachträglichen Entrichtung des Reugeldes, die Rücktrittserklärung als unwirksam zurückzuweisen."

Zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Buch, 2. Abschnitt, 20. Titel (Schuldverschreibung auf Inhaber). Von Kohlhaas, Präsidenten des Kgl. Oberlandesgerichts in Stuttgart. (Archiv für civ. Praxis. Bd. 73 S. 209—224).

Der Verf. billigt die Konstruktion des Entwurfs, welcher entgegen der Vertragstheorie die rechtliche Verpflichtung des Ausstellers zu der in der

Schuldverschreibung bezeichneten Leistung in der verbindlichen Kraft des in der Urkunde erklärten einseitigen Verpflichtungswillens des Ausstellers findet. Von den wenigen Ausstellungen und Erinnerungen wollen wir nur folgende hervorheben:

Zu § 691 bespricht er den Fall, daß die Vorschriften über Verjährung auf die Schuldverschreibung auf Inhaber Anwendung finden. Er unterstellt als selbstverständlich, daß die Verjährung gegen den Präsentanten vor der Präsentation nicht beginnen könne, und bezeichnet es als zweifelhaft, ob die gegen den Präsentanten begonnene Anspruchsverjährung dem Aussteller gegen jeden späteren Inhaber zu Statten kommen soll. U. E. ist für den Beginn der Verjährung gemäß § 158 der Zeitpunkt der Fälligkeit und nicht der Präsentation maßgebend, während die einmal dem Anspruch aus dem Papier in Lauf gesetzte Verjährungsfrist unbekümmert um den jeweiligen Inhaber fortläuft.

Zu § 700 weist K. darauf hin, daß nach der Bestimmung des Entwurfs der Aussteller nicht verpflichtet ist, das auf einen bestimmten Namen umgeschriebene Inhaberpapier wieder in ein Inhaberpapier zurückzuverwandeln.

Zu § 701 wünscht K. mit Rücksicht auf das Präjudiz des Abs. 2 eine Entscheidung der Frage, die Zentralbehörden welches Bundesstaates zur Ertheilung der Staatsgenehmigung zuständig seien.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Auf volkswirthschaftlicher Grundlage in Einzel-Erörterungen besprochen von Dr. S. Jacoby. (Hirth's Annalen des deutschen Reiches ꝛc. 1888. S. 581 bis 623. I. Die Inhaberpapiere.)

Zu § 687 bestreitet J. das nationalökonomische Bedürfniß, den unredlichen Erwerber des Inhaberpapiers als Herrn der Forderung anzuerkennen.

Zu § 688. Der Entwurf legt dem Aussteller ausdrücklich das Recht bei, nicht allein auf der ausgehändigten Schuldverschreibung zu vermerken, daß die Leistung erfolgt und die Schuldverschreibung kraftlos geworden sei, sondern auch die letztere zu vernichten. Diese Vorschrift, welche J. als aus dem Inhalt des Eigenthums (§ 848) von selbst sich ergebend für überflüssig hält, wird von den Motiven mit der Besorgniß begründet, daß der Aussteller, welcher dem unredlichen Inhaber auf Grund des § 687 die Leistung bewirken mußte, nachträglich, weil er den unredlichen Erwerb des Inhabers kannte, von dem wahren Eigenthümer des Papiers auf dessen Herausgabe und in der Folge auf nochmalige Leistung belangt werden könnte. (§§ 877, 879.) Es ist nicht ersichtlich, u. E., wie bei Zugrundelegung dieser Auffassung die von den Motiven bezeichnete Besorgniß durch die Vorschrift des § 688 beseitigt sein soll, geht doch auch der Eigenthumsanspruch des § 931 auf Ersatz des Schadens, welcher durch Untergang oder Verschlechterung der Sache entstanden ist!

Zu § 689. Die Zulassung der aus dem Inhaberpapiere sich nicht ergebenden Einreden, die sich in dem persönlichen Verhältnisse des Inhabers und des Ausstellers gründen, widerspreche dem Karakter des Inhaberpapiers. Zuzulassen seien nur die aus dem Papiere sich ergebenden und die die

Gültigkeit der Ausstellung betreffenden Einreden, sowie die Einrede der Unredlichkeit des Erwerbs.

Zu § 690. Die Forderung aus dem Zinskoupon sei als selbständige Obligation anzuerkennen und der Beschränkung der Zinsforderungen hinsichtlich des Anatozismus nicht zu unterstellen.

Zu § 693. Das von J. geltend gemachte Bedenken, daß es eine Unzulässigkeit sofortiger Einleitung des Aufgebotsverfahrens aus dem Grunde, weil besondere Fristen einzuhalten seien, nicht gebe, ist durch Art. 11 des Einf.Ges. (zu § 847 C.P.O.) beseitigt; ebenso erledigt Art. 8 des Einf.Ges. den Wunsch J.'s, daß die Bestimmungen der §§ 693—699 auch auf Inhaberaktien Anwendung finden sollen.

Zu § 698 wünscht J. anstatt der Spezialbestimmung dieses Paragraphen eine das Wesen des Erneuerungsscheines als einer bloßen Ermächtigungsurkunde prinzipiell aussprechende Norm.

Zu § 700 will J. die Außerkurssetzung nicht ausschließlich in das Belieben des Ausstellers gestellt wissen, sondern wünscht eine öffentliche Behörde als höhere Instanz. Er vermißt Bestimmungen über die Wirkungen der Außerkurssetzung, fragt, ob eine Zession der Rechte oder eine Verpfändung des vinkulirten Papiers zulässig sei?

Zu § 702 sei eine Rechtsnorm darüber erforderlich, unter welchen Umständen die beregten Leistungsurkunden (Billet, Marken 2c.) eine Leistung an den Inhaber versprechen. Die Motive verweisen auf den, erforderlichen Falls an der Hand des Verkehrs, in jedem Falle zu ermittelnden Willen des Ausstellers.

Die Grundschuld des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Kritisch-dogmatische Darstellung von L. Kühnast, kgl. Landrichter in Gnesen. Berlin. Bahr. 1888. 102 S.

Die Verdienste des inzwischen verstorbenen Verf. um die Förderung der Lehre von der Grundschuld sind schon gelegentlich der Besprechung der im Jahre 1878 in 2. Aufl. erschienenen Vorarbeit des Verf.: „Untersuchung des Grundschuldbegriffs, civilistisch-ökonomische Abhandlung", in diesen Beiträgen hervorgehoben worden.

K. hat bekanntlich auf die Aehnlichkeit der Grundschuld mit der Reallast verwiesen. Durch die Bestellung der Grundschuld werde das im Eigenthum enthaltene Recht des Eigenthümers auf die Grundrente in Höhe eines bestimmten Einkommenbezuges gelöst und dem Grundschuldgläubiger übertragen. Dies Recht funktionire in obligatorischen Ansprüchen, weil die effektive Theilung der Grundrente eine persönliche Thätigkeit erfordere.

Der Verf. kommt in dem dogmatischen Theile seiner Darstellung (S. 31 bis 102) zu dem Resultate, daß auch die Grundschuld des Entwurfs, allerdings ohne daß das Bewußtsein des Gesetzgebers von diesem Zusammenhange hervorgetreten wäre, auf dem Gedanken der Reallast beruhe.

Für eine eingehendere Würdigung der Arbeit ist hier nicht der Ort; nur sei hervorgehoben, daß die Bedenken, welche Eccius (vgl. Förster-Eccius, preuß. Privatr. Bd. 3 S. 430, 1887) für das preuß. Recht gegen die K.'sche Theorie erhebt, voll und ganz auch für das Recht des Entwurfs bestehen

bleiben, nämlich, daß durch diese Theorie die unverzinsliche Grundschuld unerklärt bleibt (§ 1135), sowie, daß die nach der Konsequenz der Reallast zu erwartende persönliche Verpflichtung des Eigenthümers (§ 1056), zumal wenn Letzterer die Nutzung in der einzelnen Nutzungsperiode für sich behalten hat, statt den dem Grundschuldgläubiger gebührenden Theil an diesen abzuführen, nach der positiven Regelung des Grundschuldrechts durch den Entwurf nicht besteht (vgl. Mot. zu § 1141 Nr. 2).

Dem dogmatischen Theil der Arbeit geht S. 1—30 eine Kritik der verschiedenen Grundschuldtheorien voran.

Zur Lehre vom Miteigenthum nach römischem Recht und nach dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Von Gustav Diez, Gerichtsassessor in Meiningen. Leipzig. Mayer (Einhorn Jäger) 1888. 66 S.

Der Verf. versucht den Nachweis, daß neben dem gemeinschaftlichen, ungetheilten Eigenthume der Miteigenthümer, dem einzelnen Miteigenthümer nur ein Recht obligatorischen Karakters, nur ein Recht auf eine Handlung zustehe, gerichtet gegen die mehreren Personen, an welche das Eigenthum angeknüpft sei, und welche jedem Einzelnen auf seinen persönlichen Anspruch irgend ein durch Verwerthung der Sache gebildetes Vermögensstück zu alleinigem Eigenthume zuzutheilen haben.

Diese Auffassung liege nicht nur unzweifelhaft dem römischem condominium zu Grunde (S. 6—52), sondern es sei auch ebenso unzweifelhaft, daß kein Privatrecht eines Volkes sich diesem römisch-rechtlichen Begriffe des Miteigenthums entziehen könne, und daß eine Gesetzgebung, die in anderer Weise diese Lehre gestalten wolle, zu den verkehrtesten praktischen Konsequenzen gelangen müsse. Von diesem Standpunkt aus an die Beurtheilung des Entwurfs herantretend, schließt Verf. aus dem Mangel einer Begriffsbestimmung des Miteigenthums im Entwurf, daß der Entwurf sich über das beim Miteigenthum stattfindende Rechtsverhältniß nicht genügend klar geworden sei. Indeß ergeben die Bestimmungen des Entwurfes sowohl (§§ 946, 948, 950, 951 „Eigenthumsanspruch des Miteigenthümers") wie die Motive, daß der Entw. das Recht des einzelnen Miteigenthümers als Eigenthum ansieht.

Aus des Verf. vom Entwurfe abweichenden Auffassung des Miteigenthumsbegriffes resultiren eine Reihe von Ausstellungen. Auf eine Besprechung derselben, welche ein Zurückgehen auf die Natur des Miteigenthums erforderte, müssen wir verzichten.

Das Personenrecht der Ehegatten im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Von Professor Dr. Paul Hinschius in Berlin. (Arch. f. civ. Pr. Bd. 74 S. 55—96).

§ 1227. („Durch das Verlöbniß wird eine Verbindlichkeit der Verlobten zur Schließung der Ehe nicht begründet.") Diese Fassung könne bei ernsten Naturen sittlichen Widerspruch hervorrufen und leichtfertigen einen willkommenen Vorwand wie auch Anlaß zu moralisch verwerflichem Treubruch geben. Zudem scheine im Gegensatz zu § 1228 die Rechtsverbindlichkeit des Verlöbnisses völlig verneint zu werden.

§ 1228. Für und gegen den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse sprechen dieselben Gründe wie für und gegen den vom Entwurfe anerkannten Schadensersatzanspruch wegen Rücktritts vom Verlöbnisse. Dem Volksbewußtsein aber entspreche die Zulassung des Erfüllungsanspruches, deshalb müsse derselbe — entgegen dem Entwurfe — zugelassen werden.

§ 1249. Die Erklärung des Standesbeamten, daß er die Verlobten kraft Gesetzes nunmehr für rechtmäßig verbundene Eheleute erkläre, sei nicht nur instruktionell sondern obligatorisch in diese Worte zu kleiden und diese Form als wesentliches Erforderniß der Eheschließung anzuerkennen, um so jeden Zweifel auszuschließen, ob der erforderliche Ausspruch des Standesbeamten gethan, und in welchem Augenblicke er zum Abschlusse gelangt sei.

§ 1250. Der Entwurf hat das Hinderniß des Ehebruchs zwischen dem wegen eines solchen Geschiedenen und dem Mitschuldigen (§ 1237) als aufschiebendes Ehehinderniß behandelt (vgl. Motive IV S. 53), unter Androhung einer Geldstrafe bis 1000 Mark oder einjähriger Gefängnißstrafe für die verbotswidrige Eheschließung (E.G. Art. 16, St.G.B. § 170 a). H. hält diese Normirung, welche auch gegen die Rechtsanschauung vieler Kreise in der evangelischen und katholischen Kirche verstoße, für nicht genügend und schlägt die Behandlung dieses Ehehindernisses als eines trennenden vor.

§ 1252. Die Nichtigkeit kraft Gesetzes — ohne Ungültigkeitserklärung — sei nicht bei jedem Formmangel zu normiren, sondern mit Rücksicht auf die oft zweifelhafte Entscheidung nur auf den Fall zu beschränken, daß bei der Eheschließung kein Standesbeamter mitgewirkt habe.

§ 1258. Die Ausschließung der Wirkungen der Putativehe für den Fall, daß die Nichtigkeit auf einem Formmangel — trotz Eingehung derselben vor einem Standesbeamten — beruhe, stehe im Widerspruch mit der Billigkeit.

§ 1259. Der wesentliche Irrthum sei — unter Durchbrechung des Prinzips von der Unerheblichkeit des Irrthums im Beweggrunde (§ 102) — als privates trennendes Ehehinderniß anzuerkennen.

§ 1273. H. verlangt Regelung der Frage, in welchen Fällen die Ehefrau dem Ehemanne zu folgen nicht verpflichtet ist. Die Entscheidung des Abs. 2 sei zu unbestimmt.

§ 1274. Die Vorschrift sei dahin zu ergänzen, daß die Frau den Stand des Mannes theile. (Vgl. darüber Mot. IV S. 106.)

Zu §§ 1440 ff. vermißt H. die unheilbare Geisteskrankheit als Ehescheidungsgrund.

Zu §§ 1444, 1445. Anstatt der vom Entw. beliebten Regelung schlägt H. vor, bei allen Ehescheidungsklagen (sowohl aus absoluten als auch aus relativen Ehescheidungsgründen) dem Gericht im Anschluß an die Aussetzungsbefugniß des § 580 C.P.O. das Recht zu geben, wenn es eine Aussöhnung für nicht unwahrscheinlich halte, auf dieselbe Zeit die Trennung von Tisch und Bett auszusprechen.

Die Auffassung des Trennungsurtheils als eines bedingten Scheidungsurtheils widerspreche dem gesunden Gefühle. Eine Ehescheidung sei ein Nothbehelf und solle, ehe nicht die Nothwendigkeit vorliege, nicht ange-

wendet werden. Als Versöhnungsmittel sei das Trennungsurtheil, d. h. eine bedingte Scheidung nicht zu bezeichnen, wenn man den getrennten Ehegatten mit dem Erkenntniß ein festes, durch die Potestativbedingung der eigenen Hartnäckigkeit realisirbares Recht auf Scheidung gebe und den anderen Theil dadurch erbittere, daß man ihn in dem bedingten Urtheile schon für den schuldigen Theil erkläre. Unberechtigt sei auch die Ausschließung der Berücksichtigung neuer in der Zwischenzeit eingetretener Verhältnisse, welche für die Frage, ob die Ehe in dem späteren Momente sich noch als eine zerrüttete darstelle, erheblich seien. Der letzte Grund erscheint nicht stichhaltig, da § 1446 auch noch den Einwand der in der Zwischenzeit erfolgten Verzeihung gegen die Scheidungsklage aus dem Trennungsurtheile zuläßt.

Zu § 1454 wendet sich H. dagegen, daß die Unterhaltungspflicht von der Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit des unschuldigen Ehegatten abhängig gemacht werden solle. Er will dem unschuldigen Theile einen Entschädigungsanspruch gewähren, welcher — entgegen den Mot. zu § 1454 — aus allgemeinen Grundsätzen abzuleiten und ein Mittel sei, den vermögenden Ehegatten von der Verletzung seiner ehelichen Pflichten abzuhalten, auch der Billigkeit, namentlich bei Vermögenslosigkeit des unschuldigen Theils, entspreche.

Zu § 1455 sei der geschiedenen und für schuldig erklärten Ehefrau die Fortführung des Namens ihres Ehemannes durch zwingende Gesetzesvorschrift zu untersagen.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich nach seinen für den Arzt wichtigsten Bestimmungen, besprochen von Kreisphysikus Dr. E. Roth in Belgard. (Vierteljahresschr. für gerichtl. Medizin Bd. 49 S. 222—231. Berlin. Hirschwald.)

Verf. schlägt für § 28 folgende Fassung vor:

Personen, deren Geistesvermögen gestört ist, können, wenn die Störung eine dauernde ist und einen solchen Grad erreicht hat, daß sie der zur selbständigen Lebensführung ausreichenden Ueberlegung ermangeln, wegen Geisteskrankheit entmündigt werden. Hört die Störung auf, so ist die Entmündigung wieder aufzuheben.

Er billigt die Bestimmungen des Entwurfs über die Empfängnißzeit und die Nichtannahme der Geisteskrankheit als Ehescheidungsgrund.

In letzterer Beziehung tragen wir aus dem in einem früheren Berichte erwähnten, nunmehr vollständig vorliegenden Vortrage[3]) Mendel's folgende Forderung nach:

Die Ehescheidung sei bei unheilbarer Geisteskrankheit, welche drei Jahre bestanden und zu einer gleichmäßig andauernden Vernichtung der Persönlichkeit geführt habe, zu gestatten.

Die Bestimmungen des Entw. über die Empfängnißzeit (§§ 1467, 1572) sind Gegenstand der Verhandlung der Gesellschaft für Geburtshülfe und Gynäkologie zu Berlin gewesen. (Zentralblatt für Gynä-

[3]) Vierteljahresschr. für gerichtl. Medizin, herausg. von Eulenberg. 1889. S. 101—125.

kologie, herausgegeben von Heinrich Fritsch. Breitkopf u. Härtel. Leipzig, 1889 Nr. 1.) Der Referent Professor Olshausen (Berlin) kommt zu folgenden Schlüssen:[4])

1. Wenn man Athmen für Leben nehme, so müsse der Anfang der Empfängnißzeit um 15—20 Tage früher als der Entw. bestimme, also auf 160—165 Tage angesetzt werden.
2. Wolle man auch die Lebensfähigkeit berücksichtigen, so würde etwa der 195. Tag als frühester Termin gelten dürfen.
3. Die obere Grenze der Empfängnißzeit sei mit 300 Tagen viel zu knapp bemessen und müsse auf 320 oder 325 Tage festgesetzt werden. Das Mindeste wären 310 Tage und daneben für Wittwen die Zulässigkeit des Wahrscheinlichkeitsbeweises einer 320tägigen Dauer. Für Geburten, bei welchen die eheliche Abstammung nicht in Frage komme, sei der Termin von 300 Tagen als Maximum beizubehalten.

Wir müssen uns auf diese Mittheilung beschränken und wollen nur noch hervorheben, daß in der Diskussion Ministerialrath Dr. Gebhard (Redaktor des allgem. Theils) den Standpunkt des Entw. vertheidigt hat.

Juristische Betrachtungen über die im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich festgesetzte Empfängnißzeit. Von Amtsgerichtsrath B. Weichsel. (Magazin f. d. Deutsche Recht der Gegenwart, herausg. von Bödiker. Hannover. Hellwingsche Verl.-Buchh. 1888. Bd. VIII. S. 326—335.)

W. wendet sich gegen den Standpunkt des Entw., welcher aus der Thatsache, daß der Beischlaf zu einem beliebigen Zeitpunkte der überhaupt möglichen, nicht durchschnittlichen, Dauer der Empfängnißzeit stattgefunden habe, zwingende Rechtsvermuthungen hinsichtlich der Vaterschaft aufstelle. Es sei indeß allein zuläßig, aus der innerhalb der durchschnittlichen Empfängnißzeit stattgehabten Beischlafsvollziehung einfache Rechtsvermuthungen vorbezeichneten Inhalts zu ziehen, gegen dieselben aber den Betheiligten den Gegenbeweis offen zu lassen; insbesondere hält W. bei Zulassung freiester richterlicher Beweiswürdigung für dieses Gebiet den Gegenbeweis auf Grund sachverständiger Beurtheilung der Beschaffenheit der Leibesfrucht — hinsichtlich deren den Hebammen landesgesetzlich die Vornahme und Buchung gewisser Beobachtungen über Größe und Schwere aufzugeben sei — für durchaus nicht so problematisch, wie die Mot. IV S. 648 dies ausführen.

Der exc. plur. conc. will W. dementsprechend nur dann die durchgreifende Wirkung geben, wenn die Möglichkeit, daß der Dritte das Kind gezeugt habe, durch die Umstände, insbesondere auch durch die Be-

[4]) Vgl. auch: Medicinische Betrachtungen über die im Entw. e. b. G. f. d. D. R. festgesetzte Empfängnißzeit von Geh. Medicinalrath Professor Dr. Olshausen, Direktor der Universitäts-Frauen-Klinik in Berlin. (Magazin für das Deutsche Recht der Gegenwart, herausg. von Bödiker. Hannover, Helwingsche Verl.-Buchh. 1888 Bd. VIII S. 320—325.)

schaffenheit der Frucht im Verhältniß zu der excipiendo behaupteten Beischlafsvollziehung, dargethan wird.

Verhandlungen des neunzehnten deutschen Juristentages. Herausgegeben von dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation Bd. 1—3. Berlin und Leipzig 1888. J. Guttentag (D. Collin).

Es sind folgende den Entwurf betreffende Beschlüsse gefaßt worden:

1. Es empfiehlt sich, eine Bestimmung etwa folgenden Inhalts in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen: Eine Person, welche in Folge der Trunksucht sich oder Andere gefährdet, kann entmündigt werden. Hört dieser Zustand auf, so ist die Entmündigung wieder aufzuheben.

Gutachten von A. Lammers (Bremen) I. S. 157—162 und Rechtsanwalt Dr. Ludwig Fuld (Mainz) II. S. 85—120, Referent Justizrath Makower (Berlin) III. S. 213 ff.

2. Das bürgerliche Gesetzbuch hat, unter Vorbehalt der besonderen Reichs- und Landesgesetze über einzelne Körperschaftsgattungen, allgemeine Bestimmungen über Erwerb und Verlust der Körperschaftsrechte zu treffen.

Es hat dabei das Prinzip der freien Körperschaftsbildung zu Grunde zu legen.

Privatrechtliche Körperschaften, welche nicht unter ein Spezialgesetz fallen — Vereine für ideale Zwecke und wirthschaftliche Vereine, wenn sie nicht auf einen kaufmännischen oder gewerblichen Geschäftsbetrieb gerichtet sind — erlangen die öffentliche Anerkennung ihrer Persönlichkeit, wenn sie auf Grund gesetzlicher Normativbestimmungen in ein, von den Gerichten geführtes Vereinsregister eingetragen sind.

Gutachten von Professor Dr. Rosin (Freiburg i. B.) II. S. 135 bis 152 und Professor Dr. O. Gierke (Berlin) II. S. 259—311, letzterer zugleich Referent III. 220 ff.

3. Es empfiehlt sich, in das bürgerliche Gesetzbuch für den Fall der freiwilligen Uebereignung einer Sache, die dem Miether oder Pächter bereits vorher überlassen war, den Grundsatz: „Kauf bricht nicht Miethe" aufzunehmen.

Gutachten von Reichsgerichtsrath a. D. Dr. v. Meibom (Cassel) II. S. 3—34, von Professor Dr. E. Eck (Berlin) II. S. 229—248, von Professor Dr. Fischer (Greifswald) II. S. 312—449. (Letzteres ist auch als Separatabdruck erschienen.)

Referent Geh. Justizrath, Professor Dr. Brunner (Berlin), Korreferent Reichsgerichtsrath Dr. Petersen (Leipzig) III. S. 36 ff.

4. Der Juristentag erachtet nicht für angemessen, die Gewährleistung für Mängel bei einzelnen Hausthieren auf bestimmte gesetzlich oder durch Verordnung festzustellende Hauptmängel zu beschränken und die Gewährleistungspflicht an die Voraussetzung zu knüpfen, daß diese Hauptmängel innerhalb bestimmter gesetzlich oder durch Verordnung festzustellender Fristen zum Vorschein kommen. Vielmehr erachtet der Juristentag für wünschenswerth, daß die allgemeinen Grundsätze des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich über die

Gewährleistung bei Mängeln im Wesentlichen auch auf die Veräußerung von lebenden Thieren Anwendung finden.

Gutachten des Kgl. Ministerialrathes Dr. Otto Freiherrn von Völderndorff (München) I. S. 35—56.

Referent Rechtsanwalt Dr. Simon (Berlin) III. S. 170 ff.

5. Die Durchführung des Grundsatzes, wonach Grundgerechtigkeiten nur durch Eintragung im Grundbuch erworben werden können, wie sie im Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs geschieht, ist aus wirthschaftlichen Gründen nicht zu empfehlen.

Referent Geh. Justizrath Professor Dr. Dernburg (Berlin) III. S. 105 ff.

6. Die Bestimmungen des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich über die elterliche Gewalt der Mutter, insbesondere auch die, im § 1538 des Entwurfs vorgesehenen Anordnungen über die Bestellung eines Beistandes der Mutter sind zu billigen.

Gutachten von Professor Dr. L. Pfaff (Wien) II. S. 153—219 und von Professor Dr. Kohler (Berlin) II. S. 220—228.

Referent Reichsgerichtssenats-Präsident Dr. Drechsler (Leipzig) III. S. 132 ff.

7. Die Bestimmung des Entwurfs (§ 1865):

„Durch das Vermächtniß wird für den Vermächtnißnehmer nur eine Forderung gegen die Beschwerten auf Leistung des Gegenstandes des Vermächtnisses begründet,"

wird gemißbilligt.

Gutachten von Gerichtsassessor Ferdinand Friedensburg (Breslau) II. S. 35—68.

Referent Landgerichtspräsident Becker (Oldenburg), Korreferent Professor Dr. Dernburg (Berlin) III. S. 76 ff.

Für einen eingehenderen Bericht über den Inhalt der Gutachten und Verhandlungen ist hier nicht der Ort.

(Fortsetzung folgt.)

6.

Erklärung.

Im ersten Hefte des laufenden Jahrganges dieser Zeitschrift (S. 97) ist unter der Literatur zum „Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich" die „Antikritik" eines von mir im April v. J., unmittelbar nach dem Erscheinen des Entwurfs und der ersten Bände der Motive, für ein nichtjuristisches Wochenblatt geschriebenen Aufsatzes über die wirthschaftliche Bedeutung des Entwurfs auszugsweise wiedergegeben, welche Herr Oberlandesgerichtsrath Vierhaus in Kassel an derselben Stelle veröffentlicht hat. Da ich die Gedanken, gegen welche die Antikritik sich richtet, inzwischen in dieser Zeitschrift weiter ausgeführt habe, so mögen mir zwei kurze Gegenbemerkungen gestattet sein. Indem ich den Ausdruck „gewaltige wirthschaftliche Bewegung" einer politischen Zeitung entnahm, wie der Zusammen-

hang und die Anführungszeichen ergeben, habe ich ihn durch die Worte „tiefeinschneidende gesellschaftliche Reform“ ergänzt und erläutert. Damit ist bestimmt auf die weiterhin auch ausdrücklich erwähnten sozialpolitischen Reformgesetze von 1871 bis zur Gegenwart hingewiesen; ob die Antikritik im Ernst behaupten will, daß deren segensreicher Inhalt zur entsprechenden Aufnahme in die privatrechtliche Gesetzgebung noch nicht hinreichend geklärt sei, vermag ich nach dem Auszuge nicht zu erkennen. Was den Begriff des „wirthschaftlichen Unternehmens“ und des „Unternehmers“ oder „Wirthschaftsbetriebs“ betrifft, so zeigt mir die Antikritik freilich, daß ich vorsichtiger Weise nicht hätte unterlassen sollen, auf ihr im Handelsgesetzbuch unter den Normen des Kaufmanns und Handelsgeschäfts seit 27 Jahren juristisch gesichertes Dasein aufmerksam zu machen. Was hier in einer, die wirthschaftliche Produktion ziemlich grundsatzlos durchschneidenden Weise möglich gewesen ist, kann einer sachgemäßen Erweiterung nicht unzugänglich sein. Dr. Klöppel.

Aus der Praxis.

Nr. 10.

Einfluß von Vorrechtseinräumungen auf die Bestimmung des geringsten Gebots im Verfahren der Zwangsversteigerung.

Eig.Erw.Ges. vom 5 Mai 1872 § 35; A.L.R. I. 20 § 498; G.B.O. § 86; Ges. vom 13. Juli 1883 §§ 29, 55, 57.

(Verfügung des Justizministers vom 19. Dezember 1888.)

Auf den Vorwerk C waren in der dritten Abtheilung unter Nr. 5 und 7 Hypothekenforderungen für den Handlungsgehülfen D., unter Nr. 11 ein Pfandbriefsdarlehn des landschaftlichen Kreditvereins für die Provinz Posen eingetragen. D. hatte vor seinen Hypothekenforderungen dem Pfandbriefsdarlehn das Vorrecht eingeräumt, und diese Vorrechtseinräumung war im Grundbuch bei den zurückgetretenen Posten vermerkt. Auf den Antrag des landschaftlichen Kreditvereins gelangte das verpfändete Gut wegen der Pfandbriefsschuld zur Zwangsversteigerung. Der Subhastationsrichter ließ bei der Feststellung des geringsten Gebots die Hypothekenforderungen des D. unberücksichtigt uud ertheilte demnächst dem betreibenden Gläubiger für sein Meistgebot, welches die Forderungen des D. nicht deckte, den Zuschlag. Auf die Beschwerde des D. hat jedoch das Landgericht zu G. das Zuschlagsurtheil aufgehoben und dem landschaftlichen Kreditverein den Zuschlag versagt. Diese

Entscheidung ist in der weiteren Beschwerdeinstanz durch Beschluß des Oberlandesgerichts in P. vom 13. September 1887 aufrecht erhalten worden. Anträge, welche an diese Entscheidungen anknüpfen, haben dem Herrn Justizminister Veranlassung gegeben, den Einfluß, welchen Vorrechtseinräumungen auf die Bestimmung des geringsten Gebots im Verfahren der Zwangsversteigerung üben, einer Erörterung zu unterziehen. Unsere Leser werden mit uns dem Herrn Justizminister dankbar sein, daß er gestattet hat, die seine Auffassung darlegende Verfügung nachstehend mitzutheilen. Dieselbe lautet, soweit sie hier interessirt,

wie folgt:

Die Beschlüsse der Beschwerdegerichte beruhen auf der Ansicht, daß Vorrechtseinräumungen, auch wenn sie im Grundbuch eingetragen sind, nicht schon bei Feststellung des geringsten Gebotes zu beachten seien, sondern erst bei der Kaufgeldervertheilung Wirkung äußern. Die Nichtbeachtbarkeit der Vorrechtseinräumungen bei der Feststellung des geringsten Gebotes wird aus der obligatorischen Natur dieses Rechtsgeschäfts gefolgert, die letztere aber aus der im § 35 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb ꝛc. vom 5. Mai 1872 enthaltenen Bestimmung, wonach die Vorrechte der Zwischenposten durch Vorrechtseinräumungen nicht geändert werden, hergeleitet. In dem Beschlusse des Oberlandesgerichts wird auch auf das rechtliche Interesse Gewicht gelegt, welches der Schuldner an der Aufnahme der dem betreibenden Gläubiger ursprünglich vorgehenden Ansprüche in das geringste Gebot insofern habe, als mit der dadurch eintretenden Beschränkung der Baarzahlung der Kreis der Bieter sich erweitere, und die Möglichkeit, einen höheren Preis zu erzielen, gegeben werde.

Die in diesen Entscheidungen vertretene Auslegung der Gesetze führt unverkennbar zu Konsequenzen, welche mit der wohlthätigen Absicht des Gesetzes vom 13. Juli 1883, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, in Widerspruch stehen und den Realkredit zu schädigen drohen. Es würde deshalb, wenn jene Ansichten in der Praxis der Gerichte zur Herrschaft gelangen sollten, zur Beseitigung des unhaltbaren Rechtszustandes die, in zahlreichen Anträgen schon jetzt bei mir angeregte, Hülfe der Gesetzgebung in Anspruch genommen werden müssen. Indessen glaube ich darauf vertrauen zu dürfen, daß bei erneuter Prüfung des Gegenstandes eine andere Auffassung der bestehenden Gesetze sich Geltung verschaffen,

und deshalb ein Eingreifen der Gesetzgebung nicht erforderlich werden wird.

Die Frage, ob und in welcher Weise Vorrechtseinräumungen bei der Bestimmung des geringsten Gebots zu berücksichtigen sind, hängt allerdings wesentlich von der rechtlichen Bedeutung ab, welche diesen Rechtsgeschäften beizulegen ist.

Legt man ihnen die Wirkung bei, daß die Gläubiger der vor- und zurücktretenden Post vollständig diejenige Rechtsstellung erwerben, welche sie erlangt haben würden, wenn von vorn herein die vortretende Post an der Stelle der zurücktretenden und diese an der Stelle jener zur Eintragung gelangt wäre, so müßte der so bewirkten Rangänderung auch bei der Bestimmung des geringsten Gebotes unbedingte Berücksichtigung zu Theil werden.

Mit dieser Theorie ist jedoch nicht zu rechnen. Sie scheitert, auch wenn beim Vorhandensein von Zwischenposten der Eintritt jener Wirkung im vollen Umfange nur für den Fall in Anspruch genommen wird, daß die betheiligten Forderungen von gleicher Höhe sind, und im anderen Falle Modifikationen zugestanden werden, jedenfalls daran, daß nach § 62 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 die zwischen den betheiligten Posten eingetragenen Hypotheken und Grundschulden für den Fall der Löschung einer ihnen vorstehenden Post im Range vorrücken, und daß dieser Erfolg nicht durch Vereinbarungen Dritter beeinträchtigt werden kann.

Demgemäß geht auch die in Theorie und Praxis herrschende Ansicht dahin, daß der Vorrechtseinräumung die gedachte — absolute — Wirkung nicht beizulegen sei. Andererseits ist man aber auch darüber einig, daß im Falle der Eintragung der Vorrechtseinräumung die überhaupt eintretende Wirkung dieses Rechtsgeschäfts nicht nur die Kontrahenten für ihre Person berechtigt und verpflichtet, sondern daß sie jeden Gläubiger der zurücktretenden Post trifft und jedem Gläubiger der vortretenden Post zum Vortheil gereicht.

Es läßt sich bezweifeln, ob darnach die Karakterisirung des Aktes der Vorrechtseinräumung als eines obligatorischen Vertrages zutreffend erscheint, und ob das Geschäft nicht richtiger als ein dinglicher Vertrag mit nur relativen Wirkungen zu bezeichnen ist. Das Reichsgericht hält in dem neusten, diesen Gegenstand betreffenden Urtheil (Entsch. Bd. 19 S. 345) zwar daran fest, daß Gegenstand der Vorrechtseinräumung

nur die obligatorische, durch Eintragung der Prioritätszession auch für die dritten Inhaber der zurücktretenden Post bindend werdende Berechtigung ist, Befriedigung der vortretenden Forderung aus den Kaufgeldern des Pfandes an der dem Prioritätszedenten gebührenden Stelle der hypothekarischen Gläubigerordnung zu fordern;

es erachtet aber zugleich für unzweifelhaft,

daß die Prioritätszession sich als eine Verfügung über die Hypothek karakterisirt,

legt also dem Geschäfte thatsächlich Wirkungen bei, welche den Inhalt des hypothekarischen Rechts selbst, den Umfang der mit demselben verbundenen Machtbefugnisse verändern und eben deshalb sachenrechtlicher Natur sind, wenn sie auch nicht gegenüber allen Realberechtigten eintreten.

Hierauf ist jedoch nicht weiter einzugehen, weil von praktischer Erheblichkeit für die vorliegende Frage allein die richtige Bestimmung des Inhalts der durch die Vorrechtseinräumung übernommenen Verpflichtung oder eingetretenen Aenderung des dinglichen Rechts ist.

Hier gehen die Ansichten auseinander. Einzelne Kommentatoren des Gesetzes vom 13. Juli 1883, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, nehmen an, daß der Inhalt der von ihnen unterstellten obligatorischen Verpflichtung sich nur auf die Art der Vertheilung des Kaufgeldes beziehe, die Einräumung des Vorrechts daher erst bei dieser Vertheilung von Bedeutung werde.

(Krech und Fischer, das preuß. Gesetz, betr. die Zwangsvollstreckung rc., S. 303 Anm. 9; Jäckel, die Zwangsvollstreckungsordnung in Immobilien, 2. Aufl. S. 238.)

Im Gegensatz hierzu bezeichnen Andere den Inhalt der durch die Vorrechtseinräumung übernommenen Verpflichtung dahin, daß die ursprünglich nachstehende Hypothek oder Grundschuld durch die voreingetragene nicht mehr beschränkt werden solle.

(Förster-Eccius, Theorie und Praxis, 5. Aufl. Bd. 3 S. 544 ff.; Exner, das österreichische Hypothekenrecht S. 495.)

Bei dieser letzteren Auffassung gelangt man konsequent zu der Ansicht, daß die Vorrechtseinräumung schon bei der Feststellung des geringsten Gebotes zu berücksichtigen sei.

(So Eccius a. a. O.)

Das Reichsgericht hat bisher keinen Anlaß gehabt, sich hierüber zu äußern. Insbesondere betrifft das im 16. Bande der Entsch.

S. 244 ff. mitgetheilte Urtheil nicht diese Frage; vielmehr handelt es sich in demselben darum, ob durch die im Zwangsversteigerungsverfahren an den vortretenden Gläubiger erfolgende Zahlung die Forderung des vortretenden oder die des zurücktretenden Gläubigers getilgt wird. Zur Lösung dieser Frage wird in enger Anlehnung an die Ausführungen von Eccius die Rechtswirkung der Vorrechtseinräumung dahin bestimmt,

> daß bei einer Kollision der beiden Pfandrechte der Zurücktretende den Vorrang seiner Hypothek nicht geltend machen darf, daß also die Schranke, welche das Pfandrecht des Zurücktretenden für die Ausübung desjenigen des Vortretenden bildete, fortfällt, und der Vortretende befugt wird, sein an sich gültig bleibendes Pfandrecht an der Stelle des Zurücktretenden geltend zu machen.

Hält man sich überhaupt für berechtigt, aus dieser Entscheidung auf die Stellung des Reichsgerichts zu der Frage zu schließen, ob die Vorrechtseinräumung schon bei der Feststellung des geringsten Gebotes oder erst bei der Kaufgeldervertheilung zu berücksichtigen, so kann — zumal bei der Uebereinstimmung, in welcher sich das Reichsgericht mit der Eccius'schen Ansicht befindet — nur die erste Alternative als der Ansicht des Reichsgerichts entsprechend erachtet werden.

Das Gegentheil würde nur dann anzunehmen sein, wenn der (im Jäckel'schen Kommentar vertretenen) Ansicht beizupflichten wäre, daß eine Kollision der beiden in Frage kommenden Hypotheken oder Grundschulden erst bei der Vertheilung der Kaufgelder eintrete. Diese Ansicht ist jedoch als offenbar unrichtig zu bezeichnen. Denn der das Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 beherrschende Grundsatz, daß bei der Zwangsversteigerung von Immobilien der Verkauf nur unbeschadet derjenigen Rechte stattfinden darf, welche dem betreibenden Gläubiger vorgehen, bringt es mit sich, daß die konkurrirenden Realrechte sich schon bei der Feststellung des geringsten Gebotes entgegentreten, und daß schon in diesem Abschnitt des Verfahrens die Ansprüche der vorgehenden Realinteressenten die schrankenlose Ausübung der Verkaufsbefugniß des betreibenden Gläubigers hemmen.

Ist hiernach die Berücksichtigung der eingetragenen Vorrechtseinräumung bei der Bestimmung des geringsten Gebots eine Konsequenz der Auffassung des Reichsgerichts über die rechtliche Natur

dieses Geschäfts, so gelangt man zu dem gleichen Ergebnisse auch von dem folgenden Gesichtspunkte aus. Der § 35 des Eigenthums-Erwerbsgesetzes bestimmt:

Ein voreingetragener Gläubiger kann sein Vorrecht einem nachstehenden einräumen. — Die Vorrechte der Zwischenposten werden hierdurch nicht berührt.

Das Gesetz erklärt also die Vorrechtseinräumung für zuläſsig und versagt ihr die in der Aenderung der Vorrechte bestehende Wirkung nur bezüglich des Vorrechts der mit dem Range zwischen den vertragsschließenden Gläubigern eingetragenen, bei dem Geschäfte nicht zugezogenen Gläubiger. Hiernach steht dem Eintritt der absoluten Wirkung des Geschäfts gesetzlich nur die mangelnde Mitwirkung derjenigen Gläubiger entgegen, deren Rechte beeinflußt werden würden, wenn an die Stelle der ihnen bisher vorgehenden, ihre pfandrechtlichen Befugnisse beschränkenden Posten andere Forderungen treten.

Daraus folgt, daß nach dem Wortlaute des Gesetzes und der darin vorausgesetzten gleichen Absicht der Vertragsschließenden die relative Wirkung des Geschäfts so nahe an die absolute Wirkung heranreichen soll, als jenes Hinderniß absoluter Rangänderung es zuläßt.

Die Wirkung wird daher immer die sein müssen, daß die vertragschließenden Gläubiger und ihre Rechtsnachfolger, solange die beiderseitigen Forderungen bestehen, es dulden müssen und verlangen können, so behandelt zu werden, als wäre die absolute Rechtswirkung eingetreten, und diese Wirkung wird überall zur Geltung kommen müssen, wo von dem Range der betreffenden Post der größere oder geringere Umfang der pfandrechtlichen Befugnisse abhängt, namentlich also auch bei der Feststellung des geringsten Gebots.

Das Landgericht in G. hat sich, um die Nichtberücksichtigung der eingetragenen Vorrechtseinräumung zu rechtfertigen, einer eigenthümlichen Schlußfolgerung bedient. Nach § 55 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 soll die Feststellung des geringsten Gebots, soweit der Vorrang zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedarf, nach dem Inhalt des Grundbuchs erfolgen. Das Gericht nimmt an, daß die Einräumung des Vorrangs gegen Dritte überhaupt nicht wirke, und schließt daraus, daß in Ansehung dieses Vorranges das Grundbuch nicht maßgebend sei.

Da die Wirksamkeit der eingetragenen Vorrechtseinräumung

gegen Singularsukzessoren des zurücktretenden Gläubigers nicht in Abrede gestellt wird, gegenüber dem § 498 A.L.R. I. 20 auch nicht wohl bestritten werden kann, so beruht die Ausführung des Landgerichts in G. auf der Vorstellung, daß jene Singularsukzessoren im Sinne des Gesetzes nicht als „Dritte“ anzusehen seien. Dies ist unrichtig. Es bedarf nur des Hinweises auf die §§ 38 und 49 des Eigenthums-Erwerbsgesetzes, in denen ausschließlich die Einzelnachfolger des eingetragenen Gläubigers als „Dritte“ bezeichnet werden, und auf § 498 A.L.R. I. 20, wo speziell mit Bezug auf Vorrechtseinräumungen der Einzelnachfolger des zurücktretenden Gläubigers der „dritte“ Inhaber der Forderung genannt wird, um den Irrthum des Gerichts zu erkennen. Die Ausführung desselben ist ferner unvereinbar mit den Ansichten des Reichsgerichts, welches in dem im 19. Bande der Entscheidungen veröffentlichten Urtheil S. 345 den § 49 des Eigenthums-Erwerbsgesetzes auch auf die der zurücktretenden Post aus der Vorrechtseinräumung erwachsenden Beschränkungen anwendet. Sie steht endlich im Widerspruch mit den Motiven zu § 55 des Gesetzes vom 13. Juli 1883, in denen (S. 29) die Einräumung des Vorrechts im Zusammenhange mit der Vorschrift, daß Eintragungen, welche erst nach Eintragung des Versteigerungsvermerks erfolgen, nur auf besonderen Nachweis zu berücksichtigen sind, ausdrücklich erwähnt ist, ohne daß hiergegen in den Berathungen des Landtages irgend welcher Widerspruch hervorgetreten wäre.

Im Uebrigen würde, falls man annimmt, daß die Wirksamkeit der Vorrechtseinräumung nicht von der Eintragung abhänge, daraus nicht folgen, daß die eingetragene Vorrechtseinräumung unberücksichtigt zu lassen sei, sondern im Gegentheil zu schließen sein, daß selbst nicht eingetragene Vorrechtseinräumungen berücksichtigt werden müssen.

Wie unzutreffend die Auffassung ist, daß die Vorrechtseinräumung erst bei der Kaufgeldervertheilung wirksam werde, zeigt sich namentlich in dem Falle, wenn der zurücktretende Gläubiger die Versteigerung betreibt. Wollte man diesem Gläubiger das Recht einräumen, das geringste Gebot ohne Berücksichtigung der vortretenden Post feststellen zu lassen und also, falls der Zuschlag für das geringste Gebot erfolgt, den Ausfall dieser Post herbeizuführen, so würde man dem Rechtsgeschäft einen Inhalt geben, der als Wille der Vertragsschließenden füglich nur unter der Voraussetzung gedacht

werden kann, daß sie bei Abschluß des Geschäfts ohne Ueberlegung gehandelt haben. Daran könnte die Vertröstung auf die Kaufgeldervertheilung selbstredend nichts ändern, da bei dem Zuschlage für das geringste Gebot Kaufgelder, welche dem vortretenden Gläubiger an Stelle des zurücktretenden zufallen könnten, nicht vorhanden sind.

Gelangt man hiernach nothwendig zu dem Ergebniß, daß jedenfalls die eingetragene Vorrechtseinräumung bei Feststellung des geringsten Gebots zu berücksichtigen ist, so giebt auch die Frage, in welcher Weise dies geschehen muß, zu besonderen Zweifeln keinen Anlaß.

Falls nämlich der vortretende Gläubiger die Zwangsversteigerung betreibt und ihm — was bei Beleihungen durch Kreditinstitute die Regel bildet — das Vorrecht vor allen voreingetragenen Hypotheken und Grundschulden eingeräumt ist, so kann er fordern, daß das geringste Gebot ohne Einrechnung aller dieser Hypotheken und Grundschulden bestimmt wird.

Betreibt unter gleicher Voraussetzung ein zurückgetretener Gläubiger das Verfahren, so muß er sich umgekehrt die Berücksichtigung der vortretenden Post bei Feststellung des geringsten Gebotes gefallen lassen. Ist zwischen den Forderungen der Gläubiger, von welchen einer sein Vorrecht dem anderen abgetreten hat, eine andere Post eingetragen, so führt die Regel, daß das Recht des zwischenstehenden Gläubigers nicht verletzt werden darf, zu folgenden Konsequenzen:

Wenn von den Hypotheken- und Grundschuldgläubigern A., B. und C. der A., nicht aber B. sein Vorrecht an C. abgetreten hat, so kann C. die Ertheilung des Zuschlags nur für ein solches Gebot verlangen, welches auch die Forderung des B. deckt. Dazu ist ohne Weiteres nur ein Gebot geeignet, durch welches auch der Betrag der Forderung des A. gedeckt wird. C. kann jedoch darauf verzichten, vor B. befriedigt zu werden, und in diesem Falle wird bei Bestimmung des geringsten Gebots nur die Forderung des B., nicht aber die des A. zu berücksichtigen sein.

Ist A. der betreibende Gläubiger, so muß er dulden, daß in das geringste Gebot von seiner eigenen Forderung soviel eingerechnet wird, als die Befriedigung des C. erfordert, und wenn die Forderung des C. größer als seine eigene ist, auch der Ueberschuß volle Berücksichtigung findet.

Der Zwischengläubiger B. endlich braucht, wenn er die Ver-

steigerung betreibt, nur die Berücksichtigung der ihm ursprünglich vorgehenden Hypothek des A. zu gestatten.

Hierbei ist vorausgesetzt, daß der Grundstückseigenthümer zu der Vorrechtseinräumung seine Einwilligung ertheilt hat. Ist das nicht der Fall, so kann fraglich sein, welchen Einfluß dieser Mangel übt.

In dieser Beziehung kommt Folgendes in Betracht:

Der § 35 des E.E.G. macht den Eintritt der rechtlichen Wirkungen der Vorrechtseinräumung und der § 86 der G.B.O. die Eintragung der letzteren im Grundbuch von der Zustimmung des Grundstückeigenthümers nicht abhängig. Diese Gesetze gehen also davon aus, daß der Eigenthümer sich die Wirkungen des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts gefallen lassen muß, obwohl sie seine wirthschaftliche Lage schon vor Erlaß des Gesetzes vom 13. Juli 1883 erheblich berühren konnten. So konnte dem Eigenthümer die Beschaffung der Mittel zur Bezahlung einer fälligen Hypothek oder deren anderweite Unterbringung erschwert werden, wenn der ursprünglich an erster Stelle eingetragene Gläubiger sein Vorrecht inzwischen nachstehenden Posten abgetreten hatte; auch konnte es ihm nicht gleichgültig sein, ob aus den Kaufgeldern seines Grundstückes eine vorstehende Post, für welche er zugleich persönlich haftete, oder eine ursprünglich nachstehende Post, für die er persönlich nicht haftete, befriedigt wurde. Wenn die Gesetze vom 5. Mai 1872 gleichwohl von einem Schutz des Eigenthümers gegen die nachtheiligen Folgen von Vorrechtseinräumungen abgesehen haben, so liegt es nahe, den Grund darin zu suchen, daß eine Einschränkung der Verfügungsbefugnisse des Gläubigers über sein Realrecht dem Realkredit nicht förderlich sein würde, übrigens aber Vorrechtseinräumungen in der Regel gerade auf Betreiben des Eigenthümers erfolgen, und eine Berücksichtigung der Ausnahmefälle entbehrlich erschien. — Das Gesetz vom 13. Juli 1883 hat den § 86 der G.B.O. nicht geändert; es findet daher auch jetzt die Eintragung der Vorrechtseinräumung ohne Zustimmung des Grundstückeigenthümers statt. Wenn gleichwohl der § 55 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 anordnet, daß bei Feststellung des geringsten Gebotes auch bezüglich des Vorranges der Inhalt des Grundbuches maßgebend sein, und wenn gemäß § 29 daselbst die Rangordnung zwischen mehreren Rechten und Forderungen bei der Kaufgeldervertheilung nach den §§ 17, 34—36 des E.E.G., also auch nach § 35 desselben, bestimmt werden soll, so scheint der Schluß nicht ungerechtfertigt zu sein, daß auch nach heutigem Recht

rechtsgeschäftliche Aenderungen des Vorrechts der Hypotheken und Grundschulden zu den Befugnissen gehören, welche den Gläubigern ohne Weiteres aus der Bestellung des Pfandrechts erwachsen, und daß sich der Grundstückseigenthümer auch die durch das Gesetz vom 13. Juli 1883 an die Erlangung eines Vorrechts geknüpften Folgen gefallen lassen muß.

Folgt man dieser Ansicht, so fällt der Grund hinweg, der das Oberlandesgericht in P. wesentlich bestimmt hat, der Auffassung des Landgerichts in G. beizutreten.

Aber auch wenn man darauf Gewicht legt, daß zur Zeit, als die Gesetze vom 5. Mai 1872 erlassen wurden, die Rechte aller Hypothekengläubiger ohne Rücksicht auf die ihnen zustehenden Vorrechte dem Eigenthümer gegenüber gleiche waren, und aus der in dieser Beziehung in Folge des Gesetzes vom 13. Juli 1883 eingetretenen Veränderung der Rechtslage folgert, daß die vom Eigenthümer nicht bewilligte Vorrechtseinräumung nicht berechtige, bei der Bestimmung des geringsten Gebots das Interesse des Eigenthümers außer Betracht zu lassen, so führt doch auch dieser Gesichtspunkt nicht zu der von dem Landgericht in G. und dem Oberlandesgericht in P. vertretenen Ansicht. Vielmehr ist alsdann Folgendes zu beachten:

Die Feststellung des Betrages des geringsten Gebotes dient ausschließlich zum Schutze der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Gläubiger. Der Eigenthümer kann nicht verhindern, daß die Gläubiger auf ihr Recht, aus dem Grundstück befriedigt zu werden, bedingt oder unbedingt verzichten, und es fehlt ihm daher die Befugniß, der Feststellung des geringsten Gebots unter Berücksichtigung solcher Verzichte zu widersprechen.

Nach § 57 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 ist jedoch mit der Festsetzung des geringsten Gebotes die Folge verbunden, daß der Betrag der dabei berücksichtigten Kapitalforderungen nicht baar zu zahlen, sondern durch Uebernahme von Hypotheken zu decken ist. Mit dieser gesetzlichen Kaufbedingung ist allerdings das Interesse des Eigenthümers verbunden, und er braucht daher, wenn dieses Interesse zu schützen ist, nicht zu dulden, daß durch Einschiebung der Baarzahlung an Stelle der Schuldübernahme die Kaufbedingungen erschwert werden, und damit das zu erzielende Meistgebot herabgedrückt wird. Demnach kann er zwar nicht verlangen, daß die von ihm nicht bewilligten Vorrechtseinräumungen bei Bestimmung des geringsten Gebotes unberücksichtigt bleiben, wohl aber

fordern, daß auch insoweit, als das Meistgebot das geringste Gebot übersteigt, die Uebernahme von Hypotheken an Stelle der Baarzahlung in demselben Umfange zu erfolgen hat, wie wenn die Vorrechtseinräumungen nicht stattgefunden hätten.

Eine derartige Bestimmung würde sich von dem jetzt erörterten Standpunkte aus als eine dem Eigenthümer gegenüber gebotene gesetzliche Bedingung darstellen. Der Eigenthümer kann aber der Aenderung dieser Bedingung nicht widersprechen, wenn mit der veränderten Bedingung mindestens ein ebenso hohes Gebot erzielt, und damit sein Interesse an der Bedingung der Uebernahme von Hypotheken aufgehoben wird. Der Gläubiger, der die Aenderung der Bedingung in seinem Interesse findet, ist daher berechtigt, das Ausgebot des Grundstücks auch mit der veränderten Bedingung zu verlangen, um die Unschädlichkeit der Aenderung durch Erreichung eines gleich hohen Meistgebots darzuthun.

In dieser Möglichkeit läge die Vermittlung zwischen dem Rechte des Eigenthümers auf ein möglichst hohes Gebot und dem Interesse des Gläubigers, baare Zahlung zu erlangen.

Das Oberlandesgericht in P. hat daher, indem es mit Rücksicht auf das vorausgesetzte Recht des Eigenthümers auf die gesetzliche Kaufbedingung beschränkter Baarzahlung die Berücksichtigung der Vorrechtseinräumung auch bei Feststellung des Betrages des geringsten Gebotes zurückwies, die Bedeutung des Gesetzes verkannt.

Zugleich erhellt aber auch, daß von jeder der beiden entwickelten Auffassungen aus die in dem konkreten Falle gegen das Zuschlagsurtheil erhobene Beschwerde des Gläubigers, dessen Vorrecht der Landschaft eingeräumt war, der Begründung entbehrte. Mußte dieser Gläubiger, wie dargethan, die Hypothek der Landschaft in jeder Beziehung als der seinigen vorgehend gelten lassen, dann konnte er auch in Beziehung auf die Bedingung der Baarzahlung nicht geltend machen, daß seine Forderung vorgehe. Eine etwaige Verletzung der Rechte des Eigenthümers gab ihm nach § 89 Abs. 1 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 kein Recht zur Beschwerde. Die Annahme des Landgerichts, daß der dem Beschwerdeführer bevorstehende Ausfall den § 89 Abs. 1 ausschließe, läuft darauf hinaus, daß auch ein rechtmäßiger Ausfall die Beschwerde begründen kann. Der Ausfall der Forderung ist als Benachtheiligung des Gläubigers allerdings Voraussetzung der Beschwerde (§ 87 Abs. 1 a. a. O.),

aber die Beschwerde bedarf noch weiter der Begründung durch den Nachweis einer Rechtsverletzung (§ 88 a. a. O.).

Die geschilderte Rechtslage trägt, wie ich annehme, allen berechtigten Interessen Rechnung, und eine ihr entsprechende Praxis würde den Bedürfnissen einer gesunden Rechtspflege genügen.

Einzelne Rechtsfälle.

Nr. 11.

1. Begriff von Verträgen über Handlungen.

A.L.R. I. 11 §§ 869 ff., I. 5 § 408.

2. Kann ein Vertrag, welcher in der Hauptsache erfüllt ist, wegen Unmöglichkeit der Erfüllung aufgerufen werden?

A.L.R. I. 5 §§ 360 ff., § 271.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 30. Januar 1889 in Sachen der angesessenen Bürgerschaft zu Oderberg, Klägerin, wider die Fischergemeinde daselbst, Beklagte. V. 280/88.)

Die Revision der Klägerin wider das Urtheil des preuß. Kammergerichts ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die §§ 3—7 des Vertrages vom 6. September 1797, welche im Anschluß an die Vererbpachtung der fiskalischen Garnzüge im Oderberger See an die angesessene Bürgerschaft zu Oderberg und an die dortige Fischergemeinde gewisse Modalitäten in Ansehung der Ausübung der Fischerei und der Berichtigung des Kanons zwischen der Bürgerschaft einerseits und der die Ausübung der Fischerei auf dem See allein übernehmenden Fischergemeinde andererseits feststellt, sind vom Berufungsrichter mit Recht (vgl. auch A.L.R. I. 17 §§ 172—173) als ein besonderer, unter den jetzt streitenden Parteien klagbarer Vertrag angesehen worden. In diesem Vertrage überläßt die Fischergemeinde das bereits trocken gewordene oder künftig trocken werdende See-Terrain dem allgemeinen Gebrauche der Stadt (d. i. der angesessenen Bürgerschaft, welche dieses Terrain sich vorbehält), und verpflichtet sich, zur ausreichenden Versorgung der Stadt mit Fischen wöchentlich zwei Fischmärkte in Oderberg abzuhalten. Die Klage, deren Hauptantrag dahin geht, diesen Vertrag für aufgehoben zu erklären, ist in thatsächlicher Richtung lediglich darauf gestützt, daß den Beklagten, und zwar, wie behauptet wird, durch eigene Schuld, die Abhaltung der Fischmärkte unmöglich geworden ist. In recht-

licher Beziehung stützt die Klägerin sich auf die Vorschrift im § 408 A.L.R. I. 5, welcher bei Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind, demjenigen, der die Handlungen zu fordern hat, ein Rücktrittsrecht wegen ausbleibender Erfüllung giebt, sowie auf die Bestimmungen der §§ 360, 364 daselbst wegen Aufhebung von Verträgen wegen Unmöglichkeit der Erfüllung; der erste Richter hat die von der Klägerin nicht besonders angezogene Vorschrift des § 380 daselbst, die Aufhebung von Verträgen wegen veränderter Umstände, welche den Vertragszweck des einen Theiles ganz vereiteln, zu ihren Gunsten zur Anwendung gebracht. Der Berufungsrichter hat aus allen diesen Gesichtspunkten die Klage für unbegründet erachtet, und zwar mit Recht.

Ob ein Vertrag als ein solcher, dessen Hauptgegenstand Handlungen sind, oder, wie der Abschnitt 8 Theil I Titel 11 A.L.R. es ausdrückt, als ein Vertrag über Handlungen anzusehen, hängt, wenn die Verpflichtung des einen Theiles Handlungen und andere Leistungen zugleich zum Gegenstande hat, davon ab, ob nach dem Willen der Kontrahenten die Handlungen das Wesentliche des Vertrages ausmachen, dem Vertrage seine Signatur geben, ob nach dem Willen der Kontrahenten der Bestand des Vertrages von den Handlungen derart abhängig gemacht ist, daß nach deren Wegfall der Vertrag nicht mehr bestehen soll. Dies hat der Berufungsrichter geprüft und ist durch Auslegung des Vertrages unter Berücksichtigung der für dessen Verständniß angeführten Umstände aus thatsächlichen, der Nachprüfung des Revisionsrichters sich entziehenden Erwägungen zu dem Ergebnisse gelangt, daß nach der Art, wie die Parteien ihre gesammten Rechtsverhältnisse bezüglich des See's geordnet, und nach den Möglichkeiten, welche sie dabei vorgesehen haben, also nach der Absicht der Kontrahenten, für die Klägerin das ihr von den Beklagten überlassene Recht auf den trockenen und austrocknenden Seeboden der Hauptgegenstand des Vertrages sei, woneben die bedungene Abhaltung der Fischmärkte nur eine Nebenleistung der Beklagten bilde. Die gegen diese Entscheidung gerichteten Revisionsangriffe sind verfehlt. (Das wird näher ausgeführt.)

Mit der Feststellung, daß das Abhalten der Fischmärkte nicht Hauptgegenstand des Vertrages sei, fällt sowohl das Rücktrittsrecht aus § 408, als das aus § 380 A.L.R. I. 5, letzteres, weil nach dieser Feststellung nicht mehr gesagt werden kann, daß durch die

Nichtabhaltung der Fischmärkte der erkennbare Vertragszweck der Klägerin ganz vereitelt werde. Ebenso schließt aber, wie der Berufungsrichter mit Recht annimmt, diese Feststellung in Verbindung mit der unstreitigen Thatsache, daß die Erfüllung der den austrocknenden Seeboden betreffenden Vertragsfestsetzungen seither von der Klägerin angenommen worden ist und ihr für die Zukunft nicht streitig gemacht wird, die Anwendung der Vorschriften über Aufhebung der Verträge wegen Unmöglichkeit der Erfüllung aus. Denn darnach ist der Vertrag in der Hauptsache erfüllt, soweit die Erfüllung bisher verlangt werden konnte, und es ist die Erfüllung in der Hauptsache, soweit sie erst künftig zu geschehen hat, nicht in Frage gestellt. Die Nichterfüllung des Vertrages in bloßen Nebenpunkten, also auch die Unmöglichkeit der Erfüllung in solchen giebt aber, wie nach dem Vorgange der gemeinrechtlichen auch in der preußisch-rechtlichen Praxis in Anlehnung an die Regeln über die Gewährleistung, insbesondere an die Vorschrift im § 222 A.L.R. I. 11 angenommen und insbesondere auch vom Reichsgericht festgehalten ist, dem Gegner nicht das Recht, seinerseits die Erfüllung gänzlich zu verweigern, also auch nicht das Recht, den Vertrag aufzurufen; dem § 271 A.L.R. I. 5 ist vielmehr schon von demjenigen Genüge geleistet, welcher nachweist, daß er im Wesentlichen erfüllt habe, und mangelnde Erfüllung oder Erfüllbarkeit in Nebenpunkten giebt, während sie den Vertrag an sich fortbestehen läßt, nur die Befugniß zu verhältnißmäßiger Kürzung der Gegenleistung oder, sofern dies nach den Umständen, insbesondere nach der Art der Gegenleistung nicht angeht, einen Interesse-Anspruch. So entscheidet auch, was insbesondere Verträge mit fortlaufender Leistung und Gegenleistung angeht, das Allgemeine Landrecht (Theil I Titel 21 § 383), daß der Miether (nur dann) vorzeitig von dem Kontrakte wieder abgehen kann, wenn die gemiethete Sache zu dem bestimmten Gebrauche ganz oder größtentheils (ohne sein Verschulden) untüchtig geworden ist.

Vergleiche wegen des dargelegten Rechtssatzes: Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 21 S. 204 und die dort bezogenen älteren Entscheidungen und Schriftsteller; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 2 S. 216 (und für gemeines Recht Bd. 4 S. 197); ferner Gruchot, Beiträge Bd. 25 S. 980; Eccius, preußisches Privatrecht § 83 Note 14 (5. Auflage Bd. 1 S. 492).

Hiernach können auch die landrechtlichen Vorschriften über Auf-

hebung der Verträge wegen Unmöglichkeit der Erfüllung (I. 5 §§ 360 ff.) nur auf den Fall der Unmöglichkeit der Erfüllung in der Hauptsache bezogen werden und es bedarf, da durch die Entscheidung, daß die nicht vorliege, das Berufungsurtheil getragen wird, nicht der Prüfung der vom Berufungsrichter gebilligten Auffassung des ersten Richters über das Verhältniß der Vorschrift des § 364 a. a. O. (zufällige Unmöglichkeit) zu der des § 360 (verschuldete Unmöglichkeit). Die zur Widerlegung dieser Auffassung von der Revisionsklägerin angezogenen §§ 911, 913, 919 A.L.R. I. 11 beziehen sich ohnehin nur auf Verträge über Handlungen, und ein solcher liegt, wie gezeigt, nicht vor.

Nr. 12.

Negatorische Klage des Usukapionsbesitzers. Anwendung der für diese Klage geltenden Grundsätze auf das Recht der Städte bei Benutzung von Straßen durch Gewerbetreibende.

A.L.R. I. 7 § 175; II. 15 §§ 2, 3, 7, 25.

Zulässigkeit des Rechtsweges wegen Störungen, welche über den Gemeingebrauch von Straßen hinausgehen.

Preuß. Just.Ges. vom 1. August 1883 §§ 55 ff.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 16. Januar 1889 in Sachen der Stadt Berlin, vertreten durch ihren Magistrat, Klägerin, wider die allgemeine Berliner Omnibus-, und die neue Berliner Omnibus-Aktien-Gesellschaften, Beklagte. V. 267/88).

Die Revision der Klägerin wider das Urtheil des preußischen Kammergerichts ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Die Beklagten betreiben seit längerer Zeit auf Grund gewerbepolizeilicher Konzession auf bestimmten Linien in den Straßen der Stadt Berlin das Fuhrgewerbe mit Omnibussen und benutzen als Haltestellen die ihnen polizeilich an den Anfangs- und Endstationen angewiesenen Plätze. Die Klägerin sieht in der dauernden und ausschließlichen Benutzung der Haltestellen seitens der Beklagten einen Eingriff in ihr Privateigenthum an den Straßen und Plätzen Berlins. Sie meint, die von der Beklagten beliebte Benutzung der Plätze, auf welchen sich die Haltestellen befinden, überschreite das den Beklagten zustehende Recht zur Benutzung öffentlicher Straßen und Plätze. Die Klägerin will sich dies nicht länger gefallen lassen und hat negatorisch mit den Anträgen geklagt, zu erkennen: daß die Be-

klagte zu 1 nicht berechtigt sei, ohne Genehmigung des klagenden Magistrats den Blücherplatz als Endstations-Haltestelle für ihre Personentransports-Fuhrwerke zu benutzen; daß der Beklagten zu 2 die gleiche Benutzung des Platzes vor dem Neuen Thor und des Platzes am Kottbuser Thore nicht zustehe, und daß beide Beklagte sich dieser Benutzung bei Strafe zu enthalten haben. Die Beklagten bestreiten das Eigenthum der Klägerin an den bezeichneten Plätzen, und daß sie sich einer Ueberschreitung ihrer Befugniß zur Benutzung der öffentlichen Straßen und Plätze schuldig machen; eventuell machen sie geltend, daß Klägerin die Straßen und Plätze Berlins vom Fiskus mit der Beschränkung erworben habe, die Haltestellen zu dulden. Der erste Richter hat die Klage abgewiesen und das Berufungsgericht hat dieses Urtheil durch Zurückweisung der Berufung der Klägerin bestätigt. Die Klägerin hat Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision mußte als unbegründet zurückgewiesen werden.

I. Bezüglich des Eigenthums der Klägerin bezeichnet das Berufungsgericht als unstreitig, daß unter dem 30./31. Dezember 1875 zwischen dem preußischen Fiskus und der Klägerin ein Vertrag abgeschlossen ist, nach welchem das Eigenthum an sämmtlichen im Weichbilde der Stadt Berlin belegenen Straßen und Plätzen auf die Klägerin übergehen sollte, und daß die Uebergabe dieser Straßen und Plätze an die Klägerin stattgefunden hat; daß aber die Auflassung und Eintragung dieser im Grundbuche nicht verzeichneten Grundstücke an bezw. für die Klägerin nicht erfolgt ist. Dasselbe ist der Ansicht, die Klägerin sei durch jenen Vertrag in Verbindung mit der Uebergabe Eigenthümerin geworden, weil die Vorschriften des § 1 des E.E.G. und des § 2 der G.B.O. dann nicht zur Anwendung kommen können, wenn das Eigenthum an im Grundbuche nicht verzeichneten und dem Verkehr entzogenen Sachen ohne Aufgabe dieser Eigenschaft auf einen Anderen übertragen werde, vielmehr nur dann Platz greifen, wenn nicht eingetragene Grundstücke des Staates oder der im Gesetze weiter genannten Korporationen im Verkehr stehen oder durch Veräußerung in den Verkehr gebracht werden sollen.

Es darf unerörtet bleiben, ob diese Ausführung des Berufungsgerichts, welche gegenüber den Grundbuchgesetzen vom 5. Mai 1872 nicht unbedenklich erscheint, als richtig anzuerkennen ist. Denn wenn

die Klägerin durch Vertrag und Uebergabe auch nicht das Eigenthum an den Straßen und Plätzen Berlins erworben haben sollte, so steht doch ihre Legitimation zur Klage aus einem anderen Grunde außer Zweifel. Durch Vertrag und Uebergabe ist sie vollständige Besitzerin der Straßen und Plätze geworden und als solche hat sie gegen jeden Anderen, als den wahren Eigenthümer alle Rechte des Eigenthümers (A.L.R. I. 7 §§ 175, 176). Sie ist deshalb auch befugt, die Eingriffe der Beklagten, welche nicht die wahren Eigenthümer der Straße und Plätze zu sein beanspruchen, mit der Eigenthumsfreiheitsklage abzuwehren (vgl. die Erkenntnisse des Ob.Tr. in Rehbein, die Entscheidungen des vormaligen preuß. Ob.Tr. Bd. 1 S. 730 ff., insbesondere die Erkenntnisse in Entsch. Bd. 17 S. 110 und Strieth., Arch. Bd. 81 S. 357; Förster, Klage und Einrede § 94; Förster-Eccius, 5. Aufl. Bd. 3 § 181, besonders Anm. 3).

II. Das Berufungsgericht begründet die Abweisung der Klage in folgender Weise. Die fraglichen Straßen und Plätze seien öffentliche, im Gegensatze zu Privatwegen. Es finden deshalb auch die allgemeinen Bestimmungen des A.L.R. II. 15, insbes. die §§ 7 u. 25 darauf Anwendung. Danach seien die öffentlichen Wege und Plätze dem gemeinen Gebrauch gewidmet, woraus folge, daß das etwaige Privateigenthum an denselben soweit beschränkt sei und zurücktrete, als der öffentliche Gebrauch erfordere. Sonach könne der Privateigenthümer auf Grund seines Eigenthums nur solche Arten der Benutzung negatorisch abwehren, welche sich als über den gemeinen Gebrauch hinausgehende Eingriffe in sein Privatrecht darstellen. Daraus ergebe sich, daß die Klägerin nicht berechtigt sei, in Vertretung und im Interesse der Gesammtheit den Beklagten den in der Ausschließung der übrigen Einwohner von dem allgemeinen Gebrauch der Haltestellen liegenden Mißbrauch zu untersagen; denn die im § 25 A.L.R. II. 15 angeordnete Einschränkung des Benutzungsrechts des Einzelnen sei nicht zu Gunsten des Eigenthums am Straßenkörper, sondern zu Gunsten des allgemeinen Benutzungsrechts angeordnet, die Regelung des öffentlichen Verkehrs stehe aber nicht dem Straßeneigenthümer, sondern ausschließlich der Polizeibehörde zu. Als rechtswidriger Eingriff in das Privateigenthum der Klägerin könne nur deren Behauptung in Betracht kommen, daß durch das Stampfen der Pferde auf den Halteplätzen und durch deren Auswurf das Pflaster in ungewöhnlicher Weise ruinirt und verunreinigt, auch eine schädliche Infizirung des Bodens bewirkt werde.

Hierin sei aber eine über den Gemeinbrauch hinausgehende unstatthafte Einwirkung auf das Objekt des klägerischen Eigenthums, wie sie vielleicht in dem Legen von Schienen für Pferdebahnen enthalten sei, nicht zu finden.

In diesen Ausführungen ist eine Gesetzesverletzung nicht zu finden.

Unstreitig sind die Straßen und Plätze Berlins öffentliche. In der Judikatur besteht kein Zweifel darüber, daß die in den §§ 2, 3, 7, 25 A.L.R. II. 15 für Land- und Heerstraßen gegebenen Bestimmungen auch auf andere öffentliche Straßen analoge Anwendung finden insoweit, als dieselben Rechtsgrundsätze klarstellen, welche sich aus der rechtlichen Natur der öffentlichen Wege als solcher ergeben (vgl. Urtheil des Reichsgerichts vom 24. November 1879, Gruchots Beiträge Bd. 24 S. 508; Urtheile des preußischen Ober-Verwaltungsgerichts vom 22. und 29. Dezember 1883, Entsch. Bd. 10 S. 192, 198). Nach §§ 7, 25 a. a. O. steht der freie Gebrauch der öffentlichen Straßen zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen einem Jeden insoweit zu, als dadurch der Andere an dem gleichmäßigen Gebrauche des Weges nicht gehindert wird. Hierdurch ist einerseits eine Beschränkung des Privateigenthums an der öffentlichen Straße dahin bestimmt, daß der Eigenthümer den freien Gebrauch derselben durch Jedermann zu den angegebenen Zwecken zu dulden hat, und darin findet zugleich das Recht eines Jeden an der Straße gegenüber dem Eigenthümer seine Begrenzung. Andererseits wird dadurch der Umfang des Rechts des Einen aus dem Publikum gegenüber dem Anderen festgesetzt. Die Konkurrenz der Glieder des Publikums in der Weise zu regeln, daß der öffentliche Verkehr nicht unterbrochen oder gestört wird, ist ausschließlich Sache der Polizei (vgl. A.L.R. II. 17 § 10; R.Gew.O. § 37; preuß. Zuständigkeitsges. vom 1. August 1883, §§ 55 ff.; Urtheil des preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 22. Dezember 1883, Entsch. Bd. 10 S. 192). Streitigkeiten, welche in dieser Beziehung entstehen, berühren nicht das Privateigenthum am öffentlichen Wege. Ansprüche dagegen, welche über den vom Eigenthümer zu duldenden Gemeingebrauch des Weges hinausgehen, stellen sich als Eingriffe in das Recht des Privateigenthums am Wege dar. Solche hat der Eigenthümer sich nur gefallen zu lassen, wenn eine besondere Berechtigung dazu besteht; er darf sie im ordentlichen Rechtswege mit der Negatorienklage abwehren, so oft sie unberechtigt erhoben werden. Von dem letzteren Standpunkte aus

behauptet die Klägerin, die Beklagten verletzten dadurch ihr Privateigenthum an den Straßen Berlins, daß sie bestimmte Plätze als Haltestellen für ihre Personentransports-Fuhrwerke ohne ihre Genehmigung benutzten. Das Berufungsgericht verneint dies und gelangt damit nothwendig zur Abweisung der Klage.

Die Angriffe der Revisionsklägerin gegen diese Entscheidung können nicht als berechtigt anerkannt werden.

Die Rüge der unrichtigen Beurtheilung der Beweislast erledigt sich dadurch, daß das Berufungsgericht keinen Anlaß zur Vertheilung der Beweislast gefunden hat und finden konnte, indem es die Befugnisse beider Theile unmittelbar aus dem Gesetze hergeleitet hat, ohne dabei bestrittene Behauptungen des einen oder anderen Theils in Betracht zu ziehen.

Im Uebrigen kann der Revisionsklägerin zugegeben werden, daß bei Anwendung des § 2 A.L.R. II. 15 auf Wege, welche im Privateigenthum nicht des Staates, sondern einer Stadtgemeinde stehen, die Analogie zu dem Satze führt: ohne besondere Erlaubniß der Stadtgemeinde darf sich Niemand eine Verfügung über solche Straßen anmaßen. Aber daraus folgt nicht die Befugniß der Stadtgemeinde, jeden Gebrauch der Straßen zu verbieten, vielmehr ergiebt sich aus der Bestimmung des § 7 a. a. O., welche den freien Gebrauch der Straße einem Jeden zum Fahren oder Fortbringen seiner Sachen gestattet, mit Nothwendigkeit, daß der hier gestattete Gebrauch nicht unter die im § 2 verbotene Verfügung über die Straße fällt. Die Revisionsklägerin meint aber, in der Einrichtung von Haltestellen werde wohl ein Jeder eine Verfügung über die Straßen finden. Das trifft nicht zu, die Beklagten und das Berufungsgericht stellen dies wenigstens in Abrede. Wenn die Revisionsklägerin besonders hervorhebt, die Thatsachen liegen so, daß die Gebrauchsart der Beklagten den gleichmäßigen Gebrauch Anderer in der Weise ausschließe, daß der Versuch eines Dritten, diesen ihm gesetzlich zustehenden gleichmäßigen Gebrauch an dem betreffenden Straßentheil auszuüben, auf polizeiliche Hinderung stoßen würde, so greift sie damit in ein ihr als Eigenthümerin der Straße verschlossenes Gebiet, in die Handhabung der Wegepolizei über. Uebrigens erscheint dies auch bedeutungslos, da eine jede Art des Gebrauchs einer Straße den gleichen und gleichzeitigen Gebrauch derselben durch einen Anderen an derselben Stelle von selbst ausschließt. Wo der Eine geht oder fährt oder Sachen trägt oder mit einem Wagen still

hält, da kann nicht in demselben Augenblick ein Anderer den gleichen Gebrauch von der Straße machen. Es kommt lediglich in Frage, ob die Beklagten durch das Benutzen von Haltestellen den ihnen gesetzlich zustehenden freien Gebrauch der Straße überschreiten. Die Klägerin bejaht es, weil dieser Art des Gebrauchs der Begriff des Reisens (§ 7 a. a. O.) in der Anwendung auf den Verkehr in den Straßen einer Stadt, also den hier allein in Betracht kommenden Transportfuhrverkehr in einer großen Stadt, welcher eine Bewegung von einem Ort zum andern voraussetze, widerspreche; denn das Aufstellen von Personen und Sachen, welche absichtlich, mit dem bestimmten Zweck, dieselbe Stelle zu dem Aufstellen zu benutzen, geschehe, habe mit dem „Reisen" nichts gemein. Das Berufungsgericht verneint jene Frage, weil in dem Gebrauch der Haltestellen eine über den Gemeingebrauch hinausgehende unstatthafte Einwirkung auf den Straßenkörper nicht zu finden sei. Das Berufungsgericht faßt hiernach jenen Transportfuhrverkehr weiter auf, als die Revisionsklägerin, indem es darunter nicht nur das Fortbewegen selbst, sondern auch die zur Vorbereitung und Ausführung desselben nothwendigen Nebenbeschäftigungen versteht. Ein solcher Gemeingebrauch gestaltet sich verschieden, je nach der Art des Fortbewegungsmittels und nach den lokalen Verhältnissen — Größe der Stadt, Breite und Bauart der Straßen und Plätze u. s. w. —; für denselben läßt sich daher eine bestimmte Formel nicht finden, er ist nach Art und Ausdehnung vielmehr von den thatsächlich vorhandenen Umständen abhängig. Die Feststellung des Gemeingebrauchs im Einzelfalle ist deshalb wesentlich eine thatsächliche. Daß der Begriff „Reisen" nicht bloß auf das Fortbewegen zu beschränken ist, kann auch die Revisionsklägerin mit Rücksicht auf das mit jedem Befahren der Straßen fast regelmäßig verbundene Anhalten nicht umhin zuzugestehen; nur das Maß, welches die Beklagten im Anhalten beobachten, will sie nicht als zum Transportfuhrverkehr gehörig und durch denselben bedingt anerkennen. Damit betritt sie aber das der Revision entzogene Gebiet der thatsächlichen Feststellung.

Nr. 13.

Ehescheidungsprozeß. Begriff der böslichen Verlassung.

A.L.R. II. 1 §§ 677 ff.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 14. Januar 1889 in Sachen W., Kläger und Widerbeklagter, wider W., Beklagte und Widerklägerin. IV. 263/88.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Stettin ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage des Ehemannes war in erster Instanz nur auf bösliche Verlassung gegründet. Das Landgericht wies die Klage ab. Der Kläger erhob Berufung und gründete in der Berufungsinstanz das Verlangen der Ehetrennung auch auf Ehrenkränkungen. Die Ehefrau erhob in der Berufungsinstanz Widerklage, indem sie dem Ehemann Ehrenkränkungen und Ehebruch vorwarf. Das Berufungsgericht hat von den seitens des Ehemannes behaupteten Entscheidungsgründen keinen, von den seitens der Ehefrau geltend gemachten den der Ehrenkränkung für vorliegend erachtet, dementsprechend die Berufung des Ehemannes abgewiesen, auf die mittelst Anschlußberufung erhobene Widerklage die Ehe getrennt und den Kläger und Widerbeklagten für den allein schuldigen Theil erklärt.

Zur Darlegung des Scheidungsgrundes böslicher Verlassung hat der Ehemann geltend gemacht, daß die Beklagte Anfangs März 1884 behufs der Beschaffung eines ihm nöthigen Kapitals von ihm weggegangen und zu ihren Verwandten nach Tr. bei Danzig gereist, aber trotz den an sie durch ihn selbst, durch seinen Bruder, welcher in seinem Auftrage zweimal bei der Beklagten gewesen, und durch den Rechtsanwalt F. erlassenen Aufforderungen zur Rückkehr nicht zurückgekommen sei, daß er darauf den Erlaß eines Rückkehrbefehles gegen sie nachgesucht, die Beklagte aber diesen am 14. April 1884 mit vierwöchentlicher Frist ihr zugestellten Befehl nicht befolgt habe, sondern erst in der Mitte des August 1884 — nach angestellter Ehescheidungsklage — zu ihm zurückgekehrt sei, im Anfange des Monats Juni 1885 aber sich wieder fortbegeben habe. Die Beklagte hat behauptet, vom Anfange des April 1884 bis zum August 1884 durch ihren Gesundheitszustand an der Rückkehr zum Kläger gehindert gewesen und im Juni 1885 durch das ehrverletzende Verhalten des Klägers gegen sie zum Fortgehen vom Kläger veranlaßt worden zu sein. Das Berufungsgericht hat nach Ver-

nehmung des Bruders des Klägers, welcher uneidlich abgehört worden ist, des als Zeugen vernommenen Rechtsanwalts F. und des als Sachverständigen abgehörten praktischen Arztes Dr. B. angenommen, die Beklagte sei dem Vorwurfe gegenüber, daß sie in der ihr zur Rückkehr gestellten Frist zum Kläger nicht zurückgekehrt sei, durch ihren damaligen Gesundheitszustand entschuldigt. Daß sie erst im Monat August 1884 zum Kläger zurückgekehrt sei, finde seine Erklärung in den zwischen den Eheleuten angebahnten Verhandlungen, welche eine Trennung der Ehe wegen gegenseitiger unüberwindlicher Abneigung hätten herbeiführen sollen. Durch diese Verhandlungen hält das Gericht die Annahme für ausgeschlossen, daß die Beklagte sich nach Ablauf der Frist zur Rückkehr in böslicher Absicht vom Kläger getrennt gehalten habe. Hierbei legt das Gericht auch darauf Gewicht, daß die Beklagte in der Mitte des August 1884 wieder in die Wohnung des Klägers gekommen, von ihm aufgenommen und dort behalten worden sei, bis sie die Befugniß erwirkt habe, während des Scheidungsprozesses getrennt vom Kläger zu leben. Nach alledem nimmt das Berufungsgericht an, daß eine gewollte Nichtbefolgung des Rückkehrbefehles nicht vorliege. Damit soll offenbar gesagt sein, daß die thatsächliche Nichtbefolgung des Befehles auf Umstände zurückzuführen sei, durch welche die Annahme einer böslichen Verlassung ausgeschlossen werde. Die vom Kläger aufgestellte Behauptung, die Beklagte selbst habe in einem Briefe an den Rechtsanwalt H. in Köslin vom 17. August 1884 und dem Gutsinspektor U. in H. gegenüber zugestanden, daß Krankheit sie an der Rückkehr zum Kläger nicht gehindert habe, bezeichnet das Berufungsgericht mit Rücksicht auf die obigen Erwägungen als unerheblich. Die Behauptung des Klägers, daß die Beklagte im Mai 1884 von Tr. nach Danzig zum Begräbnisse ihres Bruders gefahren sei, hält das Berufungsgericht ebenfalls für gleichgültig, weil aus der Fahrt von Tr. nach Danzig nicht folge, daß die Beklagte in jener Zeit die Reise von Tr. nach dem Wohnsitze des Klägers ohne Nachtheil für ihre Gesundheit zu unternehmen im Stande gewesen sein würde.

Diese Entscheidungsgründe enthalten keinen Revisionsgrund. Zunächst ist in der Annahme des Berufungsgerichtes, daß, weil die Beklagte in dem ihr für die Rückkehr zu ihrem Ehemanne gestellten vierwöchigen Zeitraume bei ihren Verwandten erkrankt gewesen, die Nichtbefolgung des Rückkehrbefehls entschuldigt sei, die Verletzung

einer Rechtsnorm nicht zu erkennen. Dem Berufungsgericht muß darin beigetreten werden, wie es zur Beseitigung des Klagegrundes der böslichen Verlassung nicht für erforderlich erachtet werden kann, daß die Reise nach H. in jener Zeit für die Gesundheit der Beklagten unbedingt schädlich hätte sein müssen. Vielmehr ist eine jede in der fraglichen Zeit bestehende Erkrankung, welche durch die zum Zwecke der Rückkehr erforderliche Reise sich verschlimmern konnte, für einen ausreichenden Entschuldigungsgrund zu erachten. In diesem Sinne aber ist die Begründung des Berufungsurtheils in der fraglichen Richtung zu verstehen. Soweit die Erwägungen, mittelst deren das Berufungsgericht zu der fraglichen Annahme gelangt ist, thatsächlicher Natur sind, enthalten sie ebenfalls keinen Revisionsgrund.

Im Uebrigen macht die Lage des Rechtsstreites eine Entscheidung der Frage, ob die Wirkung des gerichtlichen Rückkehrbefehles dahin zu bestimmen ist, daß die Rückkehr, wenn auch die Nichtbefolgung des Befehles in der gestellten Frist als entschuldigt anzusehen ist, doch sofort nach gehobenem Hindernisse stattzufinden hat, wenn der andere Theil nicht zu dem Verlangen der Ehescheidung wegen böslicher Verlassung berechtigt sein soll, oder ob nicht vielmehr, wenn die Nichtbefolgung des Rückkehrbefehles in der gestellten Frist als entschuldigt zu gelten hat, das Verlangen der Ehescheidung durch die Nichtbefolgung eines nach gehobenem Hindernisse anderweit erlassenen gerichtlichen Rückkehrbefehles bedingt ist, nicht erforderlich. Der Umstand, daß die Beklagte auch nach gehobenem Hindernisse nicht alsbald zum Kläger zurückgekehrt ist, sondern ihre Rückkehr bis in den Juli und August 1884 hat anstehen lassen, erscheint aus den von dem Berufungsgericht in dieser Richtung aufgestellten Gründen nicht geeignet, bösliche Verlassung auf Seite der Beklagten als vorliegend anzusehen. Es muß angenommen werden, daß die erwähnten, nach dem Zeugnisse des Rechtsanwalts F. bis in die Zeit des März 1884 zurückgehenden Verhandlungen über Herbeiführung einer Ehescheidung auf Grund unüberwindlicher Abneigung einerseits die Annahme der Böslichkeit des Verhaltens der Beklagten insofern ausschließen, als die Beklagte annehmen durfte, ihr Fernbleiben vom Kläger verstoße, solange die Verhandlungen schwebten, nicht gegen ihre Pflichten dem Kläger gegenüber, und daß andererseits der Kläger selbst während der Dauer der Verhandlungen der Beklagten nicht wohl mit Grund

den Vorwurf machen kann, die Beklagte halte sich böslich von ihm entfernt. Derartige Unterhandlungen, bei denen eine Einigung über Herbeiführung der Scheidung von der Größe der Geldopfer abhängig gemacht wird, welche die andere Partei zum Zwecke der Herbeiführung der Scheidung zu bringen geneigt ist, drücken den Beziehungen der Eheleute zu einander ein Gepräge auf, welches sich damit nicht verträgt, daß ein Fernbleiben des einen Ehegatten von dem andern, solange dergleichen Verhandlungen geführt werden, unter den Begriff der böslichen Verlassung gebracht wird. Die äußeren Merkmale böslicher Verlassung mögen immerhin vorliegen. Auch ist der Natur der Sache nach die Sinnesrichtung der Beklagten darauf gegangen, sich von ihren ehelichen Verpflichtungen, sofern jene Verhandlungen Erfolg hatten, loszusagen. Aber der Ehemann ist sowenig in der rechtlichen Lage, das Verhalten der Ehefrau solange die Verhandlungen schwebten, als bösliche Verlassung geltend zu machen, wie auf der Seite der Frau das in Rede stehende Verhalten den Schluß auf das Bewußtsein bedingt, daß ihr Verhalten als eine bösliche Verlassung aufzufassen sei. Wer die Verhandlungen angeknüpft hat, erscheint dabei gleichgültig. (Die weiteren Gründe interessiren nicht.)

Nr. 14.

Nach welchem Zeitpunkt ist die Höhe der einer geschiedenen Frau von ihrem Manne zu gewährenden Alimente zu bestimmen?

A.L.R. II 1 §§ 784, 798 ff.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 24. Januar 1889 in Sachen D., Klägerin, wider D., Beklagten. IV. 280/88.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preuß. Kammergerichts ist zurückgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Das Kammergericht geht grundsätzlich davon aus, daß die Verpflegung der Klägerin nach den Erwerbs- und sonstigen Einkünften des Beklagten zur Verkündungszeit des rechtskräftig gewordenen Scheidungsurtheils, und zwar bei der Unmöglichkeit, die Einkünfte grade für einen bestimmten Tag zu ermitteln, nach dem Einkommen in dem bezüglichen Jahre, übrigens ohne Rücksicht auf eine etwaige Verschlechterung der Verhältnisse, festzusetzen sei. — Dieser Rechtsstandpunkt entspricht, namentlich auch, soweit die Un-

abänderlichkeit der einmal getroffenen Festsetzung der Verpflegung in Frage kommt, den Vorschriften der §§ 784, 798, 799, 803 A.L.R. II. 1 (vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 15 S. 272 und Bd. 19 S. 311, sowie die Urtheile des Reichsgerichts vom 23. Mai 1887 in Sachen M. wider M., vom 20. Dezember 1886 in Sachen B. wider B. und vom 15. Oktober 1888 in Sachen L. wider L.). Danach ist die Revisionsbeschwerde darüber, daß die angebliche Veränderung der Erwerbsumstände des Beklagten außer Betracht gelassen, hinfällig.

Nr. 15.

Ist der Konkursverwalter befugt, von früheren Mitgliedern einer Genossenschaft, welche vor der Eröffnung des Konkurses über die Genossenschaft ausgeschieden sind, ohne daß eine Auseinandersetzung stattgefunden hat, einen sog. negativen Geschäftsantheil durch Umlage einzuziehen?

Genossensch.Ges. vom 4. Juli 1868 §§ 9, 39.

(Urtheil des Reichsgerichts (I. Civilsenat) vom 13. Februar 1889, in Sachen St., als Konkursverwalter des Vorschußvereins in Treptow, Beklagten, wider L. und Genossen, Kläger. I. 337/88).

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Stettin ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Die Kläger waren Genossenschafter des Vorschußvereins Treptow a./R., eingetragene Genossenschaft. Sie sind am 1. Januar 1879 aus der Genossenschaft ausgeschieden. Am 6. Juni 1879 ist der Konkurs über die Genossenschaft eröffnet. Obschon die Kläger F. und A. ausgeschieden waren, sind sie im Umlageverfahren zur Zahlung herangezogen. Sie haben das, was sie gezahlt haben, in diesem Prozesse zurückgefordert. Die vier anderen Kläger haben den von ihnen geforderten „negativen Geschäftsantheil" unter Vorbehalt gezahlt und gleichfalls zurückgefordert. Auf diese Klage hat das Landgericht zu Stargard am 9. Mai 1888 den Beklagten verurtheilt anzuerkennen, daß die Kläger nicht verpflichtet sind, als frühere mit dem 31. Dezember 1878 ausgeschiedene Mitglieder des Vorschußvereins zu Treptow a./R. zur Tilgung der Schulden desselben als negativen Geschäftsantheil oder in anderer Form an den Beklagten einen Beitrag zu zahlen. Der Beklagte ist ferner verurtheilt an die Kläger 1, 2, 3, 4 je 384 M. 65 Pf., an die Kläger 5, 6 je 281 M. 50 Pf. nebst Zinsen zu zahlen. Die Berufung des Beklagten

gegen dieses Urtheil ist am 10. November 1888 von dem Oberlandesgericht zu Stettin zurückgewiesen. Gegen letzteres Urtheil hat der Beklagte Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Der Streit der Parteien dreht sich darum, ob der Beklagte berechtigt ist, einen negativen Geschäftsantheil der Kläger, welchen die Genossenschaft selbst bei deren Ausscheiden nicht berechnet und nicht gefordert hat, zu fordern beziehentlich zu kompensiren, nachdem der Konkurs über das Vermögen der Genossenschaft ausgebrochen ist. Mit Recht haben die Vorinstanzen dies verneint.

Es mag zugegeben werden, daß die Genossenschaft berechtigt ist, die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Genossen zu fordern, auch schon nach dem bestehenden Genossenschaftsgesetz. Allein die Auseinandersetzung ist keine Rechnung, sondern ein auf Grund einer Rechnung geschlossenes Rechtsgeschäft. Kommt dieses Rechtsgeschäft zwischen der Genossenschaft und dem ausscheidenden Genossen nicht zu Stande, wird die Auseinandersetzung von keiner Seite begehrt, so ist mit dem Eintritt des Konkurses über das Vermögen der Genossenschaft eine ganz andere Rechtslage geschaffen, und der Konkursverwalter kann nun seinerseits weder eine Auseinandersetzung begehren, welche die Genossenschaft selbst nicht gefordert hat, noch ein Aktivum einziehen, welches bei Eintritt des Konkurses nicht bestand.

Nach § 9 des Genossensch.Ges. wird ein nach Erschöpfung des Genossenschaftsvermögens noch zu deckender Rest gleichmäßig nach Köpfen von sämmtlichen Genossenschaftern aufgebracht. Scheidet ein Genosse zu einer Zeit aus, wo die Genossenschaft eine Unterbilanz hat, so mag die Genossenschaft von dem scheidenden Genossen fordern, daß er den auf ihn fallenden Kopftheil der Unterbilanz der Genossenschaft gegenüber übernimmt bezw. zur Genossenschaftskasse einzahlt, und so den in der Genossenschaft verbleibenden Genossen eine Sicherheit dafür bietet, daß nicht der Antheil des ausscheidenden Genossen an der Unterbilanz auf ihnen sitzen bleibt. Der ausscheidende Genosse darf einem solchen Ansinnen gegenüber geltend machen, daß er den Gläubigern gegenüber gerade so weiter haftet wie die in der Genossenschaft verbliebenen Genossen (§ 39), ja daß die Gläubiger sich unmittelbar an ihn halten können, da er an einem eventuellen Umlageverfahren nicht Theil nimmt. Er würde also seinerseits von der Genossenschaft dafür Sicherheit fordern dürfen, daß, wenn er

seinen Antheil an der Unterbilanz zahlt, die verbleibenden übrigen Genossen den auf sie fallenden Antheil ihrerseits zahlen. Denn einerseits soll ja der zu deckende Rest gleichmäßig nach Köpfen von sämmtlichen Genossenschaftern aufgebracht werden. Andererseits wird nur auf diese Weise dem ausscheidenden Genossen eine thatsächliche Garantie geboten, daß die Gläubiger in dem Genossenschaftsvermögen ein ausreichendes Befriedigungsobjekt finden. Geschieht das nicht und wird dem ausscheidenden Genossen auch sonst keine Sicherheit dafür geboten, daß er nicht trotz Einzahlung seines negativen Geschäftsantheils dem Zugriff der Gläubiger in derselben Weise ausgesetzt bleibt, wie ohne die Zahlung, so darf er eine Auseinandersetzung weigern, welche auf ihn allein eine Last legen will, welche nach dem Gesetze in gleicher Weise auf die sämmtlichen Genossen zu legen wäre, welche ihm auch die Uebernahme einer entsprechenden Gegenleistung versagt.

Kommt die Auseinandersetzung zu Stande, so wird freilich, wenn dem ausscheidenden Genossen mit seinem Willen der auf ihn fallende Antheil an der Unterbilanz zur Last geschrieben wird, ohne daß er ihn zahlt, auf diese Weise eine Schuld konstituirt, welche, wenn demnächst der Konkurs über die Genossenschaft ausbricht, der Konkursverwalter von dem Schuldner der Genossenschaft einziehen mag, wie es in den Urtheilen des Reichsgerichts II. 455/82 vom 9. Februar 1883 Entsch. Bd. 8 Nr. 18 und I. 207/86 vom 26. September 1886 vorausgesetzt ist.

Kommt aber eine solche Auseinandersetzung nicht zu Stande, so mag die Genossenschaft die Liquidation, eventuell die Eröffnung des Konkurses innerhalb der dreimonatlichen Frist des § 39 herbeiführen. Dann vollzieht sich die Auseinandersetzung mit dem Genossen, welcher ausscheiden wollte, auf dem durch das Gesetz geordneten Wege.

Wählt die Genossenschaft, wie es hier der Fall war, diesen Weg nicht, erhebt sie überhaupt den Anspruch auf Auseinandersetzung mit dem ausgeschiedenen Genossen nicht, so bleiben nun neben einander den Gläubigern verhaftet die Genossenschaft, die in derselben verbliebenen Genossenschafter und der ausgeschiedene Genossenschafter. Es kann dann nur in Frage kommen, in welcher Weise sich der Regreß vollzieht, wenn der eine oder die andern an die Gläubiger gezahlt und damit auch die Mitschuld des Andern getilgt haben.

Wie sich dieser Regreß vollzogen haben würde, wenn die Befriedigung der Gläubiger innerhalb der zwei Jahre erfolgt wäre, innerhalb welcher die Kläger nach § 63 des Genossensch.Ges. überhaupt nur in Anspruch genommen werden konnten, ist hier nicht zu erörtern.

Jedenfalls konnte die Konkursmasse der Genossenschaft wegen dessen, was sie gezahlt hatte, einen Regreß nicht nehmen, zumal zu den Mitteln ihrer Tilgung ja auch der Antheil an den Aktiven, welcher den Ausscheidenden zustand und selbstverständlich von ihnen nicht erhoben werden konnte, zu verwenden war. Dem Berufungsrichter ist also auch darin beizustimmen, daß der Beklagte als früherer Konkursverwalter nicht legitimirt sein würde, irgend einen Anspruch an die Kläger zu erheben. Eben dasselbe ergiebt sich für seine Funktion als des gemäß § 60 des Genossensch.Ges. an Stelle des Vorstandes Beauftragten.

Die Revision erweist sich also als unbegründet. Revisionskläger hat sich zwar noch zur Begründung seiner Anträge auf die Vorschläge des neuen Entwurfs eines Gesetzes, betr. die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, bezogen. Indessen läßt sich aus ihnen nicht entnehmen, daß dem bestehenden Gesetze ein anderer Sinn beizulegen wäre. Umgekehrt wird in § 68 des Entwurfs eine Auseinandersetzung der Genossenschaft mit dem ausscheidenden Genossen gefordert. Und in der Begründung zu § 68 wird ausgeführt, daß, wenn die Bilanz eine Ueberschuldung ergiebt, der Antheil eines jeden Genossen an dem das Vermögen der Genossenschaft übersteigenden Verlust, falls nicht die Eröffnung des Konkurses eintritt, dem Konto der einzelnen Genossen zur Last geschrieben werden muß. Die Vertheilung dieses Verlustes habe nach Köpfen zu geschehen. Von dem ausscheidenden Genossen sei der für ihn hiernach sich ergebende Verlustantheil an die Genossenschaft zu zahlen.

Hier ist aber erst der „negative Geschäftsantheil der Kläger" lange nach deren Ausscheiden im Konkurse der Genossenschaft berechnet.

Nr. 16.

Wird der Formmangel eines Vertrages durch die Auflassung auch dann geheilt, wenn diese zufolge eines den Verkäufer auf Grund des errichteten schriftlichen Vertrages verurtheilenden Erkenntnisses geschieht?

§ 10 E.E.G.

Beweislast in Betreff der mündlichen Abreden zu einem schriftlichen Vertrage.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 16. Februar 1889 in Sachen der Eheleute G., Kläger, wider F., Beklagten. V. 310/88.)

Auf die Revision der Kläger ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Breslau aufgehoben, und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Thatbestand:

Die mitklagende Ehefrau hat durch notariellen Vertrag vom 27. Juli 1886 das Grundstück Nr. 288 Gorrek unter Genehmigung ihres Ehemannes, des Mitklägers, an den Beklagten für 3300 M. verkauft. Der Kaufpreis wurde durch Uebernahme der eingetragenen Hypotheken und der rückständigen Zinsen davon belegt. Ein Auszug für die Kläger ist in dem Vertrage nicht festgesetzt. Am 29. Juli 1886 ist von den Klägern zwar die Auflassung in Ausführung jenes Vertrages erklärt; die Eintragung des Beklagten als Eigenthümer ist jedoch auf Grund dieser Auflassung nicht erfolgt, weil die Auflassungsverhandlung verloren gegangen war, und die Kläger zu dem Anerkenntniß, daß die Auflassung am 29. Juli 1886 ertheilt sei, ihre Unterschrift weigerten. Der Beklagte ist vielmehr auf seinen einseitigen Antrag und auf Grund des rechtskräftigen Versäumnißurtheils vom 26. Oktober 1886 als Eigenthümer eingetragen. Durch dieses Urtheil ist die jetzt mitklagende, damals mitbeklagte Ehefrau auf das dem mitgetheilten Sachverhalte entsprechende Vorbringen des jetzigen Beklagten, damaligen Klägers, verurtheilt, „die Auflassungserklärung, inhalts deren sie das Grundstück Bl. 288 Gorrek auf Grund des notariellen Vertrages an den Kläger aufgelassen hat, zu wiederholen", und der jetzt mitklagende, damals mitbeklagte Ehemann für schuldig erklärt, die von seiner Ehefrau abzugebende Erklärung zu genehmigen.

Die Kläger behaupten unter Widerspruch des Beklagten, neben dem schriftlichen Vertrage haben sie ein mündliches Abkommen mit dem Beklagten dahin getroffen, daß ihnen letzterer gegen Hülfeleistung in der Wirthschaft einen bestimmten Auszug zu gewähren habe. Die Aufnahme dieser Abrede in den schriftlichen Vertrag sei unterblieben, weil Beklagter versprochen habe, die Auszugsverbindlichkeiten in einem besonderen Vertrage aufnehmen zu lassen. Da Beklagter den Klägern den Auszug nicht gewähren will, haben die letzteren Klage erhoben mit dem Antrage, Beklagten zu verurtheilen,

1) anzuerkennen, daß er zur Gewährung des Auszugs verpflichtet sei, 2) die Eintragung des Auszugs auf Nr. 288 Gorrek zu bewirken, 3) ihnen gewisse Auszugsrückstände nachzuliefern. Der erste Richter hat die Klage abgewiesen, und das Berufungsgericht hat dieses Urtheil durch Zurückweisung der Berufung der Kläger bestätigt. Kläger haben Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht nimmt an, daß der Mangel der Schriftform für die von den Klägern behauptete, neben dem notariellen Vertrage getroffene Abrede nicht durch die erfolgte Auflassung geheilt und deshalb das Abkommen nicht klagbar sei. Der § 10 des Eigenthumserwerbs-Gesetzes setze, soweit er sich auf die Heilung der mangelnden Form des Rechtsgeschäfts durch Auflassung bezieht, voraus, daß der Vertrag, wie er der Auflassung von den Betheiligten zu Grunde gelegt worden, diejenigen Abreden mitumfaßt habe, deren Formmangel durch die Auflassung geheilt sein solle. An dieser Voraussetzung fehle es hier. Die Auflassung, welche zur Eintragung des Beklagten als Eigenthümer geführt, habe sich zusammengesetzt aus dem Antrage des Beklagten und dem die Bewilligung der Kläger ersetzenden Urtheile vom 26. Oktober 1886. Die Klage, welche dieses Urtheil zur Folge gehabt, sei lediglich auf den notariellen Vertrag gestützt gewesen; das von den Klägern behauptete Abkommen sei nicht zum Gegenstande des Prozesses gemacht. Die Verurtheilung der jetzigen Kläger, wie sie ausgesprochen, sei gleichbedeutend mit der Verurtheilung derselben zur Erklärung der Auflassung auf Grund des notariellen Vertrages. Ueberdies fehle es an der Behauptung und dem Beweisantritte dafür, daß bei der verloren gegangenen Auflassungserklärung vom 29. Juli 1886 neben dem notariellen Vertrage auch der Inhalt der mündlichen Abrede die Grundlage gebildet habe. Endlich würde sich nach Lage der Sache die der Aufnahme in einen besonderen Vertrag vorbehaltene Abrede nur als ein wohl mit Rücksicht auf die Grundstücksveräußerung, aber doch selbständig getroffenes Nebenabkommen, bei welchem gegenüber der Gewährung des Auszugs die von den Klägern dem Beklagten zu leistenden Dienste die Gegenleistung bilden, auffassen lassen.

Diesen Ausführungen mußte die Zustimmung versagt werden. Mit der Vorklage bezweckte der jetzige Beklagte lediglich, die

Verpflichtung der Kläger zur Auflassung des verkauften Grundstücks zur Feststellung zu bringen. Um diese Verpflichtung nachzuweisen, mußte er sich auf einen formgültigen Veräußerungsvertrag berufen. Zu diesem Zwecke hat Beklagter die Klage auf den notariellen Vertrag vom 27. Juli 1886 gegründet. Wenn er dabei aus dem Inhalte des Vertrages den Kaufpreis und dessen Berichtigung durch Uebernahme der Hypotheken angab, so geschah dies nur zur näheren Bezeichnung des Vertrages, keineswegs aber, um gleichzeitig den Inhalt desselben, insbesondere seine Leistungen zu begrenzen. Es ergiebt sich dies schon daraus, daß der notarielle Vertrag außer den vom Beklagten angegebenen noch mancherlei andere Bestimmungen enthielt, z. B. die Uebernahme eines eingetragenen Auszugs durch den Käufer (§ 3). Der Beklagte hatte aber auch weder Veranlassung noch die Absicht, den Inhalt des ganzen Veräußerungsgeschäfts in allen seinen Einzelabreden, auch den nicht in den notariellen Vertrag aufgenommenen, in jenem Prozesse feststellen zu lassen; denn zur Begründung der Auflassungsverpflichtung der Kläger genügte die Bezugnahme auf den notariellen Vertrag. Daß der Beklagte daneben noch den Zweck verfolgt habe, eine Entscheidung über den Inhalt des ganzen Veräußerungsgeschäfts dahin zu erlangen, daß derselbe unter Ausschließung aller sonstigen Abreden in dem notariellen Vertrage enthalten sei, dafür fehlt jeder Anhalt. Die Kläger konnten sich daher auch nicht veranlaßt finden, ihre den Inhalt des Geschäfts betreffenden Einreden vorzubringen, wenn sie sich zur Ertheilung der Auflassung verurtheilen lassen wollten. Hiernach ist der Inhalt des Veräußerungsgeschäfts nicht Gegenstand des Vorprozesses gewesen und deshalb ist auch durch die Verurtheilung der Ehefrau des Klägers, die Auflassungserklärung, „inhaltlich deren sie das Grundstück Bl. 288 Gorrek auf Grund des notariellen Vertrages an den Kläger — jetzigen Beklagten — aufgelassen hat“, zu wiederholen, kein gerichtlicher Ausspruch darüber erfolgt, daß das der Auflassung zu Grunde liegende Veräußerungsgeschäft ausschließlich in dem notariellen Vertrage zu finden und eine nebenher mündlich geschlossene Abrede nicht Theil dieses Veräußerungsgeschäfts sei. Ein Urtheil dieses Inhalts konnte also auch nicht in Rechtskraft übergehen. Ist das aber der Fall, so steht die Bestimmung des § 383 A.L.R. I. 16 nicht entgegen der Geltendmachung des Anspruches, daß das Veräußerungsgeschäft nicht vollständig in dem notariellen Vertrage fixirt sei, sondern außerdem eine mündlich ge-

troffene Abrede umfasse. Denn bei dem Verlust der Einreden mittels stillschweigender Entsagung durch Nichtgeltendmachung im Prozesse (§ 382 ff. I. 16) handelt es sich in Wahrheit nicht um die Wirkung einer Entsagung, sondern um die Wirkung der Rechtskraft; die Einreden gegen das zur Entscheidung gebrachte Recht und aus dem zur Entscheidung gebrachten Rechtsverhältniß gehen nothwendig nur so weit verloren, als die Rechtskraft der Entscheidung reicht (vgl. Rehbein, die Entscheidungen des vormaligen Obertribunals Bd. 3 S. 178 Anm., und Entscheidung des Obertribunals Bd. 22 S. 332).

Im § 10 des Eigenthumserwerbs-Gesetzes wird bei Bestimmung der Wirkung der Auflassung dahin, daß dadurch die mangelnde Form des Rechtsgeschäfts, in dessen Veranlassung die Auflassung erfolgt ist, geheilt wird, nicht unterschieden, ob die Auflassung von beiden Theilen freiwillig erklärt (Eigenthumserwerbsgesetz § 2) oder ob die Erklärung des einen Theils durch rechtskräftiges Urtheil ersetzt ist (daselbst § 3; C.P.O. § 779). Handelt es sich um die Feststellung des Inhalts desjenigen Geschäfts, welches zur Auflassung Veranlassung gegeben hat, so kann aus dem Umstande allein, daß in dem Urtheile, der Angabe des Klägers entsprechend, der Beklagte verurtheilt ist, die Auflassung auf Grund eines bestimmt bezeichneten Vertrages zu erklären, nicht gefolgert werden, daß der Inhalt jenes Geschäfts lediglich durch den bezeichneten Vertrag bestimmt werden solle unter Ausschluß jeder Erörterung über anderweit getroffene Festsetzungen. Ein solcher Schluß wird nur dann zulässig sein, wenn das Urtheil erkennbar auch die Bedeutung hat, den streitigen Inhalt des Geschäfts abzugrenzen. Der Bezeichnung des Vertrages im Urtheil ist an und für sich keine weitere Bedeutung beizumessen, als einer Erklärung der Betheiligten, durch welche sie von der ihnen durch § 48 Abs. 2 der G.B.O. beigelegten Befugniß Gebrauch machen, in der Auflassungserklärung das der Auflassung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft zu bezeichnen, oder mit welcher sie gemäß § 2 des Stempelgesetzes vom 5. Mai 1872 zur Vermeidung des Auflassungsstempels die das Veräußerungsgeschäft enthaltende Urkunde vorlegen. So wenig die bei freiwillig erklärter Auflassung erfolgte Bezeichnung des Veräußerungsgeschäfts die Kontrahenten verhindert, nachträglich den wahren Inhalt dieses Geschäfts abweichend von dem bezeichneten beziehungsweise vorgelegten Vertrage ausmitteln und mit Wirkung für beide Theile feststellen zu lassen,

so wenig ist dies der Fall, wenn in dem die Erklärung des einen Theils ersetzenden Urtheil das Geschäft, in Erfüllung dessen die Auflassung ertheilt werden soll, angegeben ist.

Diejenige Partei, welche einen von dem schriftlich formulirten abweichenden Inhalt des Veräußerungsgeschäfts behauptet, hat dies zu beweisen. Sie genügt aber dieser Beweislast, wenn sie die Behauptung unter Beweis stellt, daß vor und bei Abschluß des formellen Veräußerungsvertrags die betreffende Verabredung getroffen worden, deren Aufnahme in den formellen Vertrag nur deshalb nicht stattgefunden habe, weil das Verlangen des einen Theils nach Aufnahme durch das Versprechen des anderen Theils, über die mündliche Abrede einen besonderen Vertrag aufnehmen zu lassen, beschwichtigt sei. Es bedarf dazu nicht des besonderen Beweisantritts dafür, daß auch bei der Auflassungserklärung nicht allein der Inhalt des formellen Vertrages, sondern auch die mündliche Abrede die Grundlage der Auflassung gewesen sei. Denn ist der Abschluß eines Vertrages nach seinem ganzen Inhalte festgestellt, so darf dessen Abänderung nicht vermuthet werden; vielmehr muß derjenige Kontrahent, welcher an der nachherigen Abänderung ein Interesse hat, diese behaupten und beweisen. Das Berufungsgericht verletzt hiernach die Regeln von der Vertheilung der Beweislast, indem es den Klägern, von denen behauptet und unter Beweis gestellt ist, daß neben dem notariellen Vertrage vom 27. Juli 1886 ein mündliches Abkommen getroffen sei, wonach ihnen der Beklagte gegen Hülfeleistung in der Wirthschaft einen bestimmten Auszug zu gewähren habe, auch den Nachweis dafür auflegt, daß bei der Auflassungserklärung vom 29. Juli 1886, zu deren Wiederholung die Kläger im Vorprozesse verurtheilt sind, außer dem Inhalte des notariellen Vertrages auch jene mündliche Abrede die Grundlage der Auflassung gebildet habe. Es war vielmehr, da von dem Beklagten nicht behauptet worden, der Veräußerungsvertrag, wie er angeblich im Zusammenhange mit dem notariellen Vertrage abgeschlossen, sei nachträglich durch Wiederaufhebung der mündlichen Abrede betreffs des den Klägern zu gewährenden Auszugs abgeändert worden, anzunehmen, die Parteien haben an dem nach der Kläger Behauptung verabredeten Veräußerungsvertrage in vollem Umfange festgehalten und in Ausführung desselben am 29. Juli 1886 die Auflassung erklärt.

Die Schlußerwägung in dem Vorderurtheile ist nicht geeignet, die Entscheidung trotzdem zu halten. Denn mit der Bemerkung,

daß sich nach Lage der Sache die behauptete mündliche Abrede nur als ein wohl mit Rücksicht auf die Grundstücksveräußerung, aber doch selbständig getroffenes mündliches Nebenabkommen über Gewährung von verschiedenen Prästationen gegen die von den Klägern dem Beklagten in der Wirthschaft zu leistenden Dienste würde auffassen lassen, ist ihrer Fassung nach nicht eine thatsächliche Feststellung, sondern nur die Möglichkeit einer solchen ausgesprochen. Müßte aber aus dem Wörtchen „nur" auch die Absicht einer thatsächlichen Feststellung geschlossen werden, so ermangelte eine solche Feststellung der nothwendigen Begründung, da es an jeder Aufklärung darüber fehlt, weshalb die Kontrahenten in der Festsetzung des Auszugs nicht sollten eine neben dem Kaufpreise zu gewährende Gegenleistung des Käufers gewollt haben. Eine nähere Motivirung war in dieser Beziehung umsomehr geboten, als die Kläger nach den Bestimmungen des notariellen Vertrages allein das Eigenthum ihres Grundstücks abgetreten haben, ohne irgend einen Vortheil davon zu haben; sollte doch die Berichtigung des Kaufgeldes von 3300 M. zu seinem vollen Betrage durch die Uebernahme der eingetragenen Hypotheken und der Zinsen davon erfolgen.

Nr. 17.

Zulässigkeit des Rechtsweges in Betreff der Frage, ob einem Gemeindemitgliede Nutzungen am Gemeindevermögen kraft Gemeindeverfassungsrechts oder kraft Privatrechts zustehen?

Zuständ. Ges. vom 1. August 1883 §§ 34, 160 Abs. 2.

(Der Beschluß des K. preuß. Oberlandesgerichts zu Naumburg in Sachen der Ortsgemeinde zu H., Klägerin, wider L. u. Gen., Beklagte, ist auf Beschwerde der Klägerin durch Beschluß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 26. Januar 1889 aufgehoben. B. 2. 89.)

Gründe:

Die vom Berufungsrichter beschlossene Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde über das von den Beklagten einredeweise geltend gemachte Recht zur Theilnahme an den Nutzungen der in der Klage bezeichneten Gemeindegrundstücke ist nicht gerechtfertigt.

Der Berufungsantrag der Klägerin verlangt eine Entscheidung dahin, daß an jenen Grundstücken den Beklagten, welche dieselben in Besitz haben und benutzen, ein „unentgeltliches dingliches Nutzungsrecht" nicht zustehe. Ist es, wie die Beschwerde darstellt, nur die

Absicht dieser Klage, einem — seither übrigens nicht erhobenen — Anspruche der Beklagten auf ein privatrechtliches unentgeltliches Nutzungsrecht entgegenzutreten, so bleibt das von den Beklagten behauptete, aus ihrer Gemeindemitgliedschaft, insbesondere aus ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Klasse von Gemeindemitgliedern, also aus einem Verhältnisse des öffentlichen Rechts hergeleitete, zu den dinglichen Rechten im privatrechtlichen Sinne nicht gehörige Recht von dem Rechtsstreite völlig unberührt.

Bezweckt dagegen die Klage, eine Entscheidung darüber herbeizuführen, ob der Besitz der Beklagten auf einem Pachtverhältnisse, wie die Klägerin behauptet, oder auf dem von den Beklagten bezeichneten öffentlich-rechtlichen Verhältnisse beruht, so ist der Ansicht des Berufungsrichters nicht beizutreten, daß in diesem Zusammenhange die Frage des Bestehens eines solchen öffentlich-rechtlichen Verhältnisses der Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte entzogen sei.

Der Grundgedanke des § 34 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 ist, soweit darin von der „Theilnahme an den Nutzungen und Erträgen des Gemeindevermögens“ die Rede ist, der, daß, soweit es sich um die Regulirung dieser Theilnahme nach öffentlichem Recht, d. h. nach Gemeinde-Verfassungsrecht, sei es dem allgemeinen, dem provinziellen oder dem rein örtlichen handelt, dieselbe lediglich der Rechtskontrolle der Verwaltungsgerichte und nicht der ordentlichen Gerichte unterliegen soll. Davon verschieden ist aber die Frage, ob überhaupt Gemeindenutzungen, d. h. Nutzungen am Gemeindevermögen, die sich nach Gemeinde-Verfassungsrecht regeln, oder ob privatrechtliche Nutzungen vorhanden sind. Diese Frage ist den ordentlichen Gerichten nicht entzogen, mag sie in der Gestalt eines Streites zwischen der Gemeinde und den die Nutzung gewisser Grundstücke ausübenden oder beanspruchenden Einzelnen über das Eigenthum dieser Grundstücke (Streit, ob Gemeinde- oder sogenanntes Interessenten-Vermögen) auftreten, oder, wie hier, in Gestalt eines Streites über das Recht zum Besitze der unstreitig im Eigenthum der Gemeinde stehenden Grundstücke, dergestalt, daß die Frage zur Entscheidung steht, ob dieses Recht der Einzelnen auf einem in der Gemeinde-Verfassung begründeten öffentlich-rechtlichen, oder auf einem privatrechtlichen Titel (dem Pachtverhältniß) beruhe. Durch Bejahung der ersteren Alternative wird die zweite Alternative verneint, es würde also, wenn die Entscheidung über die erstere Alternative durch die Verwaltungsgerichte er-

folgen sollte, damit durch diese zugleich über das Bestehen oder Nichtbestehen eines privatrechtlichen Verhältnisses entschieden werden, was der § 160 Abs. 2 des Zuständigkeitsgesetzes gerade in Bezug auf die im § 34 daselbst erwähnten Verhältnisse ausdrücklich ausschließt. Umgekehrt wird, auch wenn der ordentliche Richter entscheidet, daß das Recht zum Besitze auf Gemeinde-Verfassungsrecht sich gründe, damit nicht eingegriffen in die der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte überwiesene Entscheidung der Frage, wie sich das auf Gemeindeverfassung beruhende Besitz- und Nutzungsrecht gemäß den darauf anwendbaren öffentlich-rechtlichen Normen seinem Inhalte nach näher gestalte (ob es unwiderruflich sei, an welche öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen die Theilnahme sich knüpfe ꝛc.). Auf entsprechenden Erwägungen beruht auch die Entscheidung des preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 12. September 1877 (Bd. 3 S. 75 der amtlichen Sammlung); der § 135 IX Nr. 10 der Kreisordnung vom 13. Dezember 1872 und der § 49 des früheren Zuständigkeitsgesetzes vom 26. Juli 1876, auf Grund deren jene Entscheidung ergangen, unterscheiden sich grundsätzlich von dem § 34 des neueren Zuständigkeitsgesetzes nicht; letzteres Gesetz hat nur eine Konsequenz des Prinzips gezogen, wenn es auch den Betheiligten unter sich die Klage im Verwaltungsstreitverfahren giebt.

Hiernach ergiebt sich die Unzulässigkeit der Verweisung auf eine herbeizuführende Vorentscheidung der Verwaltungsgerichte auch ohne Rücksicht auf die Frage, inwieweit der Berufungsrichter durch das rechtskräftig gewordene Zwischenurtheil des ersten Richters vom 14. Dezember 1886 gebunden sei.

Im Uebrigen muß der Beschwerde auch darin Recht gegeben werden, daß der angegriffene Beschluß nicht zu einer schließlichen Entscheidung des Rechtsstreites würde führen können. Der erste und zweite Absatz des § 34 des Zuständigkeitsgesetzes:

> „Auf Beschwerden und Einsprüche betreffend ... das Recht ... zur Theilnahme an den Nutzungen und Erträgen des Gemeindevermögens .... beschließt der Gemeindevorstand. Gegen den Beschluß findet die Klage im Verwaltungsstreitverfahren statt“

betrifft den Fall eines Streites zwischen der Gemeinde und einzelnen Gemeindegliedern über die von diesen auf Grund öffentlichen Rechts (vgl. § 160) erhobenen Ansprüche auf Nutzungen des Gemeindevermögens. Die Einzelnen sollen ihre Ansprüche durch Beschwerde beim Gemeindevorstande oder durch Einspruch gegen dessen Anordnungen

verfolgen und erst, wenn das vergeblich ist, ihrerseits als Kläger gegen die Gemeinde auftreten. Ein Klagerecht der Gemeinde ist überhaupt nicht vorgesehen. Es ist aber nicht abzusehen, wie die jetzigen Beklagten auf den Weg der Klage gedrängt werden könnten; sie sind im Besitze und haben keine Veranlassung, sich durch Beschwerden oder Einsprüche in demselben zu schützen.

Der dritte Absatz des § 34 aber:

„Der Entscheidung im Verwaltungsstreitverfahren unterliegen „desgleichen Streitigkeiten zwischen Betheiligten" (nicht: zwischen den Betheiligten) „über ihre im öffentlichen Rechte begründete Berechtigung . . . . . zu den im Abs. 1 bezeichneten Nutzungen . . . . ."

handelt, wie schon oben angedeutet, überhaupt nicht von Streitigkeiten zwischen der Gemeinde und ihren Gliedern, sondern von Streitigkeiten der Gemeindeglieder unter einander. Das ergeben die Motive des Gesetzes (mitgetheilt bei Brauchitsch, die neuen Verwaltungsgesetze, Anmerkung 110 zu § 34 a. a. O.) und auch die Wortfassung läßt darüber keinen Zweifel. Sollten unter den „Betheiligten" alle bei einer solchen Streitigkeit möglicherweise Betheiligten verstanden werden, so war nicht nur die ganze Gegenüberstellung der Abs. 1 und 3 überflüssig, sondern der Abs. 1, welcher für Streitigkeiten mit der Gemeinde selbst das Verfahren und die Parteirollen regelt, wird dann durch den Abs. 3 wieder aufgehoben.

Nr. 18.

Reichsstempelgesetz vom 29. Mai 1885 Tarif 4B. Ist bei Spirituslieferungsgeschäften auch der Werth der Faßlagen stempelpflichtig?

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 4. Februar 1889, in Sachen des preuß. Stempelfiskus, Beklagten, wider die Produkten- ꝛc. Aktiengesellschaft zu Breslau, Klägerin. IV. 292/88.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Breslau ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Nach der Tarifnummer 4B des Reichsstempelges. vom 29. Mai, 3. Juni 1885 unterliegen einer Abgabe vom 2/10 vom Tausend Kauf- und Anschaffungsgeschäfte, welche unter Zugrundelegung von Usanzen einer Börse geschlossen werden (Loko-, Zeit-, Fix-, Termin-, Prämien- ꝛc. Geschäfte) über Mengen von Waaren, die börsen-

mäßig gehandelt werden, d. h. von Waaren, für welche an der Börse, deren Usanzen für das Geschäft maßgebend sind, Terminpreise notirt werden.

Nach der Ansicht des Beklagten unterliegen dieser Bestimmung des Tarifs die streitigen Spirituslieferungsgeschäfte auch in Betreff des Werths der Fastage, obgleich unstreitig ist, daß für dieses Geschäft die Usanzen der Breslauer Börse maßgebend sind und daß an dieser Börse Terminpreise nur für Spiritus, nicht für Spiritus mit Faß notirt werden, daß vielmehr der Spiritus zwar in Gebinden von gewisser Beschaffenheit geliefert werden muß, der Empfänger aber diese Gebinde gegen Baarzahlung von 4 M. für je 100 Liter Inhalt zu übernehmen hat.

Darnach erachtet das Berufungsgericht die Erfordernisse der angeführten Tarifposition nicht für vorliegend. Das Berufungsgericht nimmt an, es liege zwar ein Vertrag über zwei Gegenstände — Spiritus und Fässer — vor, aber von diesen beiden Gegenständen falle nur der Spiritus unter die Tarifposition; dagegen sei in Betreff der Fässer nicht behauptet, daß sie börsenmäßig gehandelt und daß namentlich Terminpreise dafür notirt werden; in Ansehung der Fässer seien die Geschäfte auch nicht über Mengen von Waaren geschlossen.

Diese Entscheidung entspricht, soweit das gesetzliche Erforderniß einer börsenmäßig gehandelten Waare verneint ist, den Urtheilen des jetzt erkennenden Senats des Reichsgerichts vom 3. Oktober 1887 in Sachen des preußischen Fiskus wider S. (IV. 111/87) und vom 28. Januar 1889 in Sachen des preußischen Stempelfiskus wider H. (IV. 286/88). In dem der letzteren Entscheidung zu Grunde liegenden Falle handelte es sich gleichfalls, wie in dem vorliegenden, um Spirituslieferungsgeschäfte, für welche die Usanzen der Breslauer Börse maßgebend waren, und in den Entscheidungsgründen des Urtheils wird ausgeführt: wenngleich aus den Usanzen der Breslauer Börse von selbst folge, daß der Käufer von Spiritus neben dem Preise für den Spiritus noch 4 M. für je 100 Liter des Spiritus zu zahlen hat, daß also dem für den Spiritus verabredeten Preise noch 4 M. für je 100 Liter hinzutreten, so seien doch für die Waare, welche solchergestalt, nämlich gegen Zahlung des durch die Zusammenrechnung des für den Spiritus verabredeten Preises und der für je 100 Liter des Spiritus zuzuschlagenden 4 M. sich ergebenden Betrages, zu liefern ist, Terminpreise an der Breslauer Börse nicht notirt. Die Börsennotirung von Terminpreisen erfolge nur für

den Spiritus. Der Umstand aber, daß usanzenmäßig zum Kaufpreise des Spiritus der Preis der Fässer als Zuschlag hinzuzurechnen, um den Gesammtkaufpreis festzustellen, mache diesen letzteren nicht zu einem notirten Börsenpreise. An dieser Rechtsauffassung ist festzuhalten. Der Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht habe den Begriff des Anschaffungsgeschäfts verkannt, ist grundlos. Die rechtliche Zulässigkeit eines Vertrages über verschiedene Gegenstände ist unbestreitbar und „der stempelrechtliche Standpunkt" kann darin nichts ändern. Die Behauptung der Revision, daß Fässer „ebenso wie Wasser und Fuselöl, welches der Rohspiritus enthält, einen untrennbaren Theil des Handelsspiritus bilden", bedarf keiner Widerlegung. Der Gedanke einer „indirekten" Terminsnotirung für „Spiritus in Fässern" hat der klaren Vorschrift des Gesetzes gegenüber keinen Boden. Von einer Analogie mit der Preisbestimmung in dem in dem Urtheile des Reichsgerichts vom 12. Dezember 1883, Entsch. Bd. 10 S. 95, erwähnten Falle kann keine Rede sein; denn, wenn in Ansehung der Fässer Geschäfte über Mengen von Waaren anzunehmen wären, so bleibt immer mit Recht verneint, daß börsenmäßig gehandelte Waaren in Frage stehen.

Nr. 19.

Was ist unter den Tarifnummer 4 B. als stempelpflichtig bezeichneten „Kauf- und sonstigen Geschäften, welche unter Zugrundelegung von Usanzen einer Börse geschlossen werden", zu verstehen?

Reichs-Ges. vom 29. Mai 1885.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 24. Januar 1889 in Sachen S. Klägers, wider den preuß. Stempelfiskus, Beklagten. IV. 278/88.)

Auf die Revision des Klägers ist das Urtheil des preuß. Kammergerichts aufgehoben, und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Nachdem durch das Revisionsurtheil vom 8. Februar 1888 maßgeblich festgestellt ist, die Stempelpflichtigkeit des in Frage stehenden Geschäfts werde dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Qualität des verkauften Hafers durch eine Probe bestimmt ist, kommt es gegenwärtig nur noch darauf an, ob das Geschäft unter Zugrundelegung der Berliner Börsenusanzen geschlossen ist und ob für Hafer an der Berliner Börse Terminpreise notirt werden. Letzteres hat das Be-

rufungsgericht auf Grund der Notorietät bejaht und hiergegen waltet ein Bedenken nicht ob.

In erster Hinsicht kommt in Betracht, daß es sich hier um ein Loko-Geschäft handelt und daß in dem darüber vom Kläger ausgestellten Schlußschein bemerkt ist:

„Gehandelt unter Ausschluß der für Termingeschäfte maßgebenden Börsenusanzen."

Der Beklagte behauptete, daß auch für Lokogeschäfte besondere Börsenusanzen in Berlin existirten, denen sich die Kontrahenten (Berliner Kaufleute) stillschweigend unterworfen hätten, da solche von ihnen nicht ausgeschlossen wären. Der erste Richter vermißte indeß den Beweis für den behaupteten Unterwerfungswillen. In zweiter Instanz ist sodann vom Kläger auch in Abrede gestellt, daß an der Berliner Börse Usanzen für Lokogeschäfte in Getreide beständen. Der Berufungsrichter hat hierüber die Auskunft der Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft eingeholt, welche dahin ertheilt ist,

daß Loko-Geschäfte in Hafer, welche an der Berliner Börse gegeschlossen würden, den im Handbuch der Berliner Produktenbörse vom Juni 1886 S. 73 ff. abgedruckten „Bedingungen für den Berliner Getreidehandel, welche als Ortsgebrauch gelten, im Falle nicht zwischen den Kontrahenten besondere Verabredungen getroffen werden", unterlägen, daß jedoch diese Ortsgebräuche nach Ansicht der Auskunftsertheiler als Börsenusanzen im Sinne des Reichsstempelgesetzes nicht anzusehen seien.

Das Berufungsgericht hat angenommen, daß nach dem Inhalt der Schlußnote, durch welchen nur die für Termingeschäfte maßgebenden Börsenusanzen ausgeschlossen seien, die für Lokogeschäfte etwa bestehenden Usanzen hätten maßgebend sein sollen, weil Kläger andere Verabredungen der Kontrahenten gar nicht behauptet habe, und auch gegen diese — dem thatsächlichen Gebiete angehörige — Annahme lassen sich, zumal im Hinblick auf die vorstehend mitgetheilte Auskunft der Aeltesten der Kaufmannschaft, Bedenken nicht erheben. — Der Berufungsrichter hat aber im Weiteren auch angenommen, daß die erwähnten Bedingungen für den Berliner Getreidehandel als Börsenusanzen im Sinne des Reichsstempelgesetzes anzusehen seien, und er hat durch diese Feststellungen das in Frage stehende Erforderniß der Stempelpflichtigkeit des vorliegenden Geschäfts für erfüllt erachtet.

Diese von der Revision angegriffene Annahme erscheint nicht haltbar begründet.

1. Unter den in der Tarifnummer 4B. des Reichsgesetzes vom 29. Mai 1885 erwähnten „Kauf- und sonstigen Geschäften, welche unter Zugrundelegung von Usanzen einer Börse geschlossen werden", sind nicht alle derartigen Geschäfte zu verstehen, für welche nach dem Willen der Kontrahenten in irgend einer Hinsicht die Usanzen einer Börse maßgebend sein sollen, sondern nur solche, deren Inhalt, sobald die Kontrahenten über Waare und Preis sowie die Zeit der Lieferung einig geworden sind, in allem Uebrigen durch die für die betreffende Geschäftsart („Loko-, Zeit-, Fix-, Termin-, Prämien- ꝛc. Geschäfte") bestehenden und nach dem Willen der Kontrahenten maßgebenden Usanzen einer bestimmten Börse gegeben ist, ohne daß die Kontrahenten hierüber noch etwas festzusetzen brauchen. Dies erhellt nicht nur aus den in dem diesseitigen Urtheil vom 24. Oktober/24. November 1887 (Entscheidungen des R.G. Bd. 20 S. 16 ff.) ausführlich mitgetheilten Materialien, sondern auch aus dem Wortlaut und Zweck des Gesetzes selbst. Denn der letztere ging zweifellos dahin, den eigentlichen börsenmäßigen Geschäftsverkehr mit der neuen Steuer zu treffen, und eben deshalb erachtete man außer der Bestimmung des Gegenstandes noch eine inhaltliche Abgrenzung der stempelpflichtigen Geschäfte für erforderlich, welcher man in dem angegebenen Kriterium Ausdruck verliehen hat. Soll aber die Zugrundelegung der Usanzen einer Börse geeignet sein, den so geschlossenen Geschäften ein besonderes, sie von anderen Geschäften der nämlichen Gattung klar unterscheidendes Gepräge zu geben, so müssen die Geschäfte durch sie nicht bloß in vereinzelten Beziehungen, sondern in umfassender Weise ihre Regelung empfangen, wie dies namentlich bei denjenigen Geschäftsarten zutrifft, für welche ganze Komplexe von Usanzen in der Gestalt von „allgemeinen Bedingungen" formulirt und regelmäßig auch öffentlich bekannt gegeben sind (vergleiche Kommissionsbericht S. 23, stenographische Berichte S. 2557). So verhielt es sich auch in dem durch das oben zitirte Urtheil des Reichsgerichts entschiedenen Falle (a. a. O. S. 23, 24). — Vorliegend hat aber der Berufungsrichter nur festgestellt, daß für Lokogeschäfte in Hafer an der Berliner Börse Usanzen bestehen. Ueber den Inhalt derselben, welcher, soweit der Thatbestand ergiebt, gar nicht zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung gemacht ist, erhellt nichts, obwohl in dem Revisionsurtheil vom 9. Februar

1888 das Vorhandensein und der Umfang der Usanzen als der Feststellung bedürftig bezeichnet waren. In der gegenwärtigen Instanz läßt sich diese, dem thatsächlichen Gebiete angehörende Feststellung nicht nachholen.

2. Ueber die Frage, ob die fraglichen Usanzen als Börsenusanzen im Sinne der gedachten Tarifposition anzusehen seien, haben sich die, solche verneinenden, Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft gutachtlich dahin ausgesprochen:

> Die erkennbare Absicht des Gesetzgebers sei dahin gegangen, eine Scheidung zu finden zwischen dem börsenmäßigen Geschäft in Waaren, welche als wesentlich auf spekulativer Grundlage ruhend gedacht sei, und dem übrigen Waarengeschäft, bei welchem der spekulative Karakter nicht in gleicher Art hervortrete. Es sei daher zu interpretiren, daß man unter den Usanzen einer Börse diejenigen Normen über Handelsgebräuche zu verstehen habe, welche allein im Bereiche der Börse gültig, nur für diesen Bereich geschaffen seien und somit möglicherweise in einem Gegensatze stehen könnten zu den außerhalb dieses Gebietes geübten Gebräuchen. In diesen engeren Rahmen gehörten also nicht diejenigen Geschäftsbedingungen, die allgemein als Ortsgebrauch und eben deshalb auch, soweit nicht Abweichendes bedungen sei, an der Börse Geltung hätten. Solcher Art seien aber die in Frage stehenden Bedingungen, welche in Berlin allgemein als Ortsgebrauch und freilich daher auch an der Börse Gültigkeit hätten, jedoch nicht für den Allein-Gebrauch der Börse geschaffen wären und sich durch Uebungen gebildet hätten, die wesentlich außerhalb der Börse ihren Ursprung hätten.

Der Berufungsrichter ist dieser Auffassung nicht beigetreten, da die derselben zu Grunde liegenden Unterscheidungen in dem Gesetze keinen Anhalt fänden. Es müsse vielmehr angenommen werden, daß, wenn für Börsengeschäfte die Usanzen der Lokogeschäfte als Ortsgebrauch Geltung hätten, diese auch den Karakter von Börsenusanzen besäßen.

Diese Annahme des Berufungsrichters erscheint indeß rechtsnormwidrig. Sowohl dem gewöhnlichen Sprachgebrauche (vgl. Goldschmidt, Handelsrecht, 2. Ausg. Bd. 1 S. 327) als auch dem Zwecke des Reichsstempelgesetzes, nur den eigentlichen börsenmäßigen Geschäftsverkehr zu treffen, würde es zuwiderlaufen, wenn man Handelsusanzen von allgemeinerer Geltung lediglich deshalb, weil sie, in

Ermangelung abweichender Börsenusanzen, auch für die an der Börse geschlossenen Geschäfte Geltung haben, als Börsenusanzen im Sinne jenes Gesetzes qualifiziren wollte. Vielmehr ist für diese eine speziellere Beziehung zur Börse unerläßliches Erforderniß.

Andererseits kann man aber auch nicht mit dem vorgedachten Gutachten den Begriff der Börsenusanzen auf solche Usanzen beschränken, welche ausschließlich an der Börse gelten. Denn unmöglich können beispielsweise Usanzen, welche sich an der Börse gebildet haben und den Anforderungen des dortigen Verkehrs ihre Entstehung verdanken, ihre Eigenschaft als Börsenusanzen dadurch einbüßen, daß sie sich in Folge des naturgemäßen Einflusses der Börse oder um ihres, ein weiter reichendes Bedürfniß befriedigenden Inhalts willen über den eigentlichen Börsenbereich hinaus für den Geschäftsverkehr des ganzen Börsenorts Geltung verschafft haben. Man wird vielmehr im Sinne der gedachten Vorschrift des Reichsstempelgesetzes alle solche an der Börse geltenden Usanzen als Börsenusanzen anzusehen haben, welche sei es durch die Art ihrer Entstehung, Feststellung oder auch nur präzisen Formulirung, sofern hierbei eine maßgebende Mitwirkung der Organe der in Frage stehenden Börse stattgefunden hat (vgl. Laband in Goldschmidts Zeitschrift für das Handelsrecht Bd. 17 S. 481 ff., Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 17 S. 369 ff.), sei es durch ihren Inhalt — insbesondere durch das Gebot der Vollziehung gewisser Handlungen (Anzeigen oder sonstiger Erklärungen) an der Börse oder der Benutzung von Börsen-Einrichtungen (z. B. Sachverständigen-Kommissionen, Schiedsgerichte) — in eigenartiger Beziehung zu einer bestimmten Börse stehen (vgl. stenographische Berichte der Reichstagssession von 1885 S. 2543, 2557, 2640). Auf alle unter Zugrundelegung solcher Usanzen geschlossenen Geschäfte trifft das Kriterium der „Börsenmäßigkeit" zu, und es kann nach dem Zweck des Gesetzes keinen Unterschied machen, ob der Geltungsbereich jener Usanzen nur die Börse oder darüber hinaus den ganzen Börsenplatz umfaßt.

Wie es sich nun in dieser Hinsicht mit den in Frage stehenden Usanzen verhält, darüber ergiebt das Berufungsurtheil ebenfalls nichts, so daß es sich der diesseitigen Beurtheilung entzieht, ob nicht die angefochtene Entscheidung trotz der rechtsnormwidrigen Begründung aus anderen Gründen aufrecht zu erhalten sei.

Nr. 20.

Kann der Umstand, daß eine gerichtliche Handlung der Geschäftsvertheilung nicht entspricht, einen Einwand gegen die Zuständigkeit des handelnden Richters begründen?

Ger.Verf.Ges. § 62.

(Urtheil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 17. Januar 1889 in Sachen v. S., Klägers, wider seine Ehefrau, Beklagte. VI. 275/88.)

Auf die Revision des Klägers ist das Urtheil des sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden aufgehoben, und die Sache in die zweite Instanz zurückverwiesen.

Thatbestand:

Wolf Friedrich August v. S. beantragte bei dem Landgericht Dresden, seiner Ehefrau durch einstweilige Verfügung aufzugeben, daß sie ihm vom 1. Oktober 1887 ab einen Unterhalt von wöchentlich 25 M. gewähre. Die vierte Civilkammer des Landgerichts erließ am 24. Dezember 1887 die einstweilige Verfügung dahin, daß der Ehefrau zur Pflicht gemacht wurde, dem Antragsteller vom 25. Dezember 1887 ab ein wöchentliches Unterhaltsgeld von 15 M. zu bezahlen. Die Ehefrau erhob hiergegen Widerspruch. Die vierte Civilkammer verhandelte darüber und bestätigte mit Urtheil vom 15. Mai 1888 die einstweilige Verfügung. Die Beklagte ergriff Berufung, deren Zurückweisung der Kläger beantragte. Darauf hat das sächsische Oberlandesgericht erkannt: die einstweilige Verfügung wird aufgehoben, und der Antrag auf Erlaß dieser Verfügung als vor dem ordentlichen Richter unstatthaft zurückgewiesen. In den beigegebenen Gründen wird ausgeführt: Um Anordnung der einstweiligen Verfügung sei von dem Kläger nicht der Ehe-, sondern der ordentliche Richter, die mit der Verhandlung und Entscheidung von Ehesachen nicht betraute vierte Civilkammer des Landgerichts, angegangen worden. Für den Erlaß einstweiliger Verfügungen sei das Gericht der Hauptsache ausschließlich zuständig. Die Zuständigkeit des ordentlichen Richters sei nicht begründet. Der Sache nach beanspruche der Kläger die Gestattung des Getrenntlebens von seiner Ehefrau. Ueber derartige Ansprüche könne nur der Eherichter entscheiden. Derselbe sei daher zum Erlasse der von dem Kläger begehrten einstweiligen Verfügung ausschließlich zuständig.

Der Kläger hat gegen das Berufungsurtheil Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger hat die Anordnung der einstweiligen Verfügung nicht, wie das Berufungsurtheil annimmt, bei der vierten Civilkammer des Landgerichts Dresden, sondern bei dem Landgerichte Dresden beantragt. Dieses Landgericht war zuständig für die Erlassung der einstweiligen Verfügung, auch wenn dieselbe nur von dem Ehegerichte ausgehen konnte. Denn der Kläger wohnt im Bezirke des erwähnten Landgerichts, der Wohnsitz bestimmt den allgemeinen Gerichtsstand einer Person (§ 13 C.P.O.), und für Ehesachen ist das Landgericht ausschließlich zuständig, bei welchem der Ehemann den allgemeinen Gerichtsstand hat (§ 568 Abs. 1 C.P.O.).

Der Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung ist also an die zuständige Behörde gerichtet worden. Ebenso läßt sich die Zuständigkeit der vierten Civilkammer zu dem Erlasse nicht bezweifeln. Der Umstand, daß die vierte Civilkammer mit der Verhandlung und Entscheidung von Ehesachen nicht betraut ist, rechtfertigt nicht die Aufhebung der Verfügung als von einem unzuständigen Gerichte erlassen. Die mehreren Civilkammern eines Landgerichts stehen zu einander nicht in dem Verhältnisse von Gerichten mit abgegrenzter Zuständigkeit. Vielmehr besorgt jede Civilkammer gültig die dem Landgerichte in Civilsachen zugewiesenen Geschäfte. In §§ 62 und 63 des G.V.G. ist zwar bestimmt, daß das Präsidium des Landgerichts vor Beginn des Geschäftsjahres auf dessen Dauer die Geschäfte unter die Kammern derselben Art vertheilen solle. Diese Geschäftsvertheilung bildet jedoch nur einen Vorgang im Innern des Gerichts. Dabei handelt es sich lediglich um Anordnungen, welche im Wege der Justizverwaltung getroffen werden, und über die Beobachtung solcher Anordnungen hat der erkennende Richter nicht zu entscheiden. Niemals darf somit daraus, daß eine gerichtliche Handlung der Geschäftsvertheilung nicht entspricht, ein Einwand gegen die Zuständigkeit der handelnden Richter abgeleitet werden. Die vorstehenden Grundsätze, welche das Reichsgericht bereits hinsichtlich der Geschäftsvertheilung unter mehrere bei einem Amtsgerichte angestellte Richter befolgt hat,

vgl. Entscheidungen in Civilsachen Bd. I. Nr. 86 S. 235,

sind durch die angefochtene Entscheidung verletzt worden. Dieselbe beruht auf einer nicht richtigen Anwendung des § 62 G.V.G. und unterliegt deshalb der Aufhebung.

Nr. 21.

1. Form der Einlegung der Anschlußberufung. Genügt der Antrag auf Aenderung des I. Urtheils?

C.P.O. §§ 482, 483.

2. Ist derjenige, welchem eine bestimmte Sache oder Summe im Testament zu seinem Erbtheil angewiesen ist, nach A.L.R. I. 12 § 263 sowohl im Verhältniß zu den übrigen Erben als zu den Erbschaftsgläubigern nur als Legatar anzusehen?

3. H.G.B. Art. 47 Abs. 2. Muß die Ermächtigung des Handlungsbevollmächtigten zur Darlehnsaufnahme in jedem einzelnen Falle besonders ertheilt werden?

(Urtheil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 24. Mai 1888 in Sachen der Wittwe B., Klägerin, wider Samuel Sch. und Gen., Beklagte. VI. 76/88).

Auf die Revision der Klägerin ist das Urtheil des bayerischen Oberlandesgerichts zu Nürnberg aufgehoben, und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Thatbestand:

Nach dem in dem angefochtenen Urtheile in Bezug genommenen Thatbestande des ersten Richters war Isidor (oder Israel) Sch. zur kritischen Zeit Handlungsbevollmächtigter in dem (Hausir-) Handelsgeschäfte seines Vaters, des Kaufmanns Bernhard Sch. in Kronheim.

Laut Schuldscheins dieses Isidor Sch. d. d. Weilerau, 15. Dezember erhielt derselbe am genannten Tage vom inzwischen verlebten Ehemanne der Klägerin — welche dessen Rechtsnachfolgerin geworden — ein Darlehn von 2000 M. Nach Angabe der Klägerin hat dieses Darlehn Isidor Sch. nicht für seine Person, sondern als Handlungsbevollmächtigter seines Vaters erhalten, von welchem derselbe auch zur Darlehnsaufnahme für das Handelsgeschäft ermächtigt gewesen sei; jedenfalls sei die Darlehnssumme in das Geschäft und in den Nutzen des Bernhard Sch. verwendet. Es wurde deshalb gegen letzteren nach vorgängiger Kündigung des Darlehns Klage auf Zahlung von 2000 M. Hauptsache und 5% Zinsen seit 15. Dezember 1884 erhoben, dem Beklagten jedoch gestattet, eine Gegenforderung für Waaren im Betrage von 166 M. 60 Pf. in Abzug zu bringen.

Beklagter widersprach, daß Isidor Sch. zur Darlehnsaufnahme ermächtigt gewesen und daß die Darlehnssumme in des Beklagten Geschäft und Nutzen verwendet worden sei.

Nachdem eine Reihe von Zeugen und Gegenzeugen vernommen war, ist Bernhard Sch. mit Hinterlassung von sieben Kindern gestorben, von welchen Isidor und Hanna (letztere wegen inzwischen erfolgten Ablebens) nicht weiter in Betracht kommen.

Diese sieben Kinder hat Bernhard Sch. in seinem Testamente, welches von den Betheiligten anerkannt ist, zu seinen Erben eingesetzt, jedoch zum Haupterben nur den Samuel, der gegen Herauszahlung fixer (Summen) Erbtheile an seine Geschwister Eigenthümer des ganzen Nachlasses sein sollte.

Samuel Sch. hat die Aufnahme des Streites erklärt; die vier Geschwister Jette, Lena, Abraham und Doris Sch. ließ Klägerin zur Aufnahme des Streites laden.

Durch Zwischenurtheil des Prozeßgerichts vom 22. Dezember 1886 sind die letztgenannten für schuldig erkärt, den Streit aufzunehmen.

Am 15. Juni 1887 sodann hat das Landgericht erkannt:

> Jette, Lena, Abraham und Doris Sch. haben den zugeschobenen Eid zu leisten, daß sie nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt haben, daß es nicht wahr sei, daß das von Isidor Sch. bei dem Bauern Joseph B. entnommene Darlehn zu 2000 M. in das Geschäft ihres Vaters gekommen sei.

Im Falle der Leistung des Eides werde die Klage abgewiesen; im Falle der Nichtleistung seien die vier Beklagten nach dem Antrage zu verurtheilen.

Auf Berufung der Klägerin, deren Bitte dahin ging, außer den obengenannten vier Beklagten auch Samuel Sch. nach der Klagebitte zu verurtheilen, eventuell Klägerin zum Eide zu lassen, daß sie überzeugt sei, Isidor Sch. sei von seinem Vater zum Abschlusse von Geldgeschäften und insbesondere zur Aufnahme eines Darlehns ermächtigt gewesen, oder die 2000 M. seien im Geschäft des Bernhard Sch. verwendet worden; subeventuell den Beklagten den Eid darüber aufzuerlegen — und zwar primär in der Wissens-, eventuell in der Glaubensform — daß ihr Bruder Isidor zum Abschlusse von Geldgeschäften und Aufnahme von Darlehen von seinem Vater nicht ermächtigt war, und daß die 2000 M. nicht im Geschäfte seines Vaters verwendet wurden, wogegen Berufungsbeklagte beantragten,

> es wolle die Klage in der Richtung gegen die Geschwister des Samuel Sch. abgewiesen und der richterliche oder Haupteid bezüg-

lich der behaupteten ausdrücklichen Vollmacht und Version zugelassen, eventuell wenn nicht Samuel Sch. zum Eide gelassen werden wollte, noch die Vernehmung der Zeuginnen Lena und Doris Sch. im Sinne des Beweisanerbietens vom 7. Oktober 1886 angeordnet werden,

hat das bayerische Oberlandesgericht Nürnberg nach Erhebung eines weiteren Zeugenbeweises mit Urtheil vom 27. Dezember 1887 I. die Klage in der Richtung gegen die mehrgenannten vier Geschwister des Samuel Sch. abgewiesen und Klägerin für schuldig erklärt, diesen vier Beklagten ihre bisher erwachsenen Kosten zweiter Instanz zu ersetzen; sodann II. dem Samuel Sch. den Haupteid auferlegt, daß er nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung nicht erlangt habe, daß das eingeklagte Darlehen zu 2000 M. für seinen Vater Bernhard Sch. in dessen Auftrag aufgenommen oder daß diese Darlehnssumme in dessen Nutzen verwendet worden sei. III. Für den Leistungsfall werde die Klage abgewiesen; im Falle der Nichtleistung werde Samuel Sch. gemäß der Klagebitte verurtheilt.

Entscheidungsgründe:

Das von der Revisionsklägerin in erster Linie erhobene Bedenken, ob der zweite Richter eine Anschlußberufung als rite erfolgt annehmen und beachten durfte, obgleich die Anschließung nicht ausdrücklich erklärt worden sei, ist nicht begründet. Die C.P.O. schreibt für die Einlegung der Anschlußberufung irgend eine Form nicht vor, vgl. §§ 482, 483. Nach den Motiven zu diesen Paragraphen (Entwurf §§ 461, 462) — S. 304 — erfolgt die Anschließung erst durch die Stellung der bezüglichen Anträge in der mündlichen Verhandlung; durch diese Anträge bezw. durch Zulassung der Anschließung wird das Recht des Berufungsbeklagten, bei vollständigerer Aufklärung der Sachlage auch für sich eine derselben entsprechende Entscheidung zu verlangen, gewahrt. Demnach ist das Wesen der Anschließung in den Antrag gelegt, welchen der Berufungsbeklagte bei der mündlichen Verhandlung über die Berufung stellt und durch welchen die Grenzen mitbestimmt werden, innerhalb deren der Rechtsstreit von Neuem zu verhandeln; vgl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 7 S. 345; Bd. 12 S. 435; Bd. 13 S. 358.

Durch den von den Berufungsbeklagten bei der Verhandlung vom 20. Dezember 1887 gestellten Antrag auf Abänderung des ersten Urtheils war sohin die Anschließung in genügender Weise erklärt.

In zweiter Linie bemängelt Revisionsklägerin die A
des § 263 A.L.R. I. 12 dahin, daß, wenn in einem T
Personen nur bestimmte Sachen oder Summen zu ihrem
ausdrücklich angewiesen werden, diese Personen nicht nur
hältnisse zu den übrigen Erben, sondern auch gegenüber
schaftsgläubigern als bloße Legatare betrachtet werden, mi
Erbschaftsgläubigern zunächst nicht zu haften haben.

Auch dieser Angriff kann nicht von Erfolg sein. — Die A
Vorinstanz entspricht nicht nur der Doktrin des preuß.
sondern auch der konstanten Praxis des vormaligen preu
Tribunals; vgl. Entsch. des Ober-Tribunals Bd. 15 Nr.
21 Nr. 30, Bd. 22 Nr. 28; Striethorst, Bd. 8 Nr. 30,
Nr. 21 und 70, Bd. 99 Nr. 1, dann außer den in zweiter
angeführten Autoren Bornemann System. Darst. Aus
§ 367 S. 60, Daniels Lehrbuch III § 18 S. 19, Koch
tar Bd. 2 S. 68, 69 und preuß. Erbrecht Bd. 2 § 2 u
Gruchot preuß. Erbrecht I S. 534, und ebenso hat sich da
gericht, Erster Civil-Senat, in der Sache I. 308/80 untern
zember 1880 jener Ansicht bereits angeschlossen. Da Rev
gerin neue Gründe gegen diese Rechtsansicht nicht geltend z
vermochte, so genügt die Bezugnahme auf die Rechtsausf
der Vorinstanz. — — —

Dagegen erweist sich der Angriff der Revision begrün
der zweite Richter dem Beklagten zum Theile einen Eid —
zugeschobenen — auferlegt hat, welcher gar nicht zugescho

Von Anfang an war die Klage darauf gegründet, da
Sch. von seinem Vater zur Aufnahme von Darlehen überh
mächtigt gewesen sei. Ein spezieller Auftrag zur Aufna
konkreten Darlehens war nur einmal, und zwar in der S
handlung erster Instanz in der dortigen Formulirung de
eides behauptet. In zweiter Instanz dagegen ist Klägeri
völlig auf den Boden der Klage zurückgekehrt und hat
dahin zugeschoben — Urtheil zweiter Instanz — daß Isi
(zum Abschlusse von Geldgeschäften und) zur Aufnah
Darlehen von seinem Vater nicht ermächtigt wa
zweite Richter hat, ohne jede Prüfung der Relevanz dies
sache, den „Haupteid" dahin auferlegt, daß das eingekla
lehen nicht im Auftrage des Vaters Bernhard Sch. aufg
worden sei.

Hiernach hat der zweite Richter auf Ableistung eines gar nicht zugeschobenen Eides erkannt. Hierdurch wäre zwar das Gesetz verletzt, aber Klägerin dann nicht beschwert, wenn die Behauptung jener allgemeinen Ermächtigung zur Begründung der Klage nicht genügen würde. Dies ist aber nicht der Fall. Zwar verlangt Art. 47 H.G.B. eine besondere Ertheilung der Befugniß zur Darlehensaufnahme; allein hiermit kann eine Singularvollmacht für jeden einzelnen Fall nicht gemeint sein. Es muß genügen, wenn der Prinzipal dem Handlungsbevollmächtigten ein- für allemal die Vollmacht zu Darlehnsaufnahmen ertheilt. Innere Gründe würden jene Einschränkung nicht rechtfertigen; der Wortlaut des Gesetzes aber steht nicht entgegen; denn das Wort „besonders" soll offenbar nur ausdrücken, daß die Ermächtigung zu den im Abs. 2 genannten Rechtsgeschäften, weil nicht unter die gesetzlichen Befugnisse nach Abs. 1 fallend, besonders ertheilt sein müsse. Das Gesetz sagt auch nicht, es müsse die Befugniß zur Aufnahme eines Darlehens, zur Eingehung einer Wechselverbindlichkeit, je besonders ertheilt sein, sondern spricht von der besonderen Ertheilung der Befugniß zur Aufnahme von Darlehen 2c. Eine Analogie findet sich in dem Gegensatz zwischen der Universalvollmacht zur Führung fremder Geschäfte und der, nach verschiedenen Gesetzbüchern erforderlichen, speziellen Ermächtigung zur Vornahme besonderer Rechtsakte. Ist solche spezielle Ermächtigung ertheilt, so bedarf es nicht mehr einer besonderen Vollmacht zur Vornahme des einzelnen Rechtsgeschäftes solcher Gattung.

Hiernach aber ist durch die Einschränkung des Schwurthemas die Klägerin beschwert, denn es könnte Beklagter möglicher Weise den formulirten Eid ableisten, obgleich er bezüglich einer allgemeinen Ermächtigung des Isidor Sch. zu Darlehnsaufnahmen den Eid nicht zu leisten in der Lage wäre. Insoweit mußte das angefochtene Urtheil der Aufhebung unterliegen. Die Zurückverweisung der Sache aber ist Folge der Vorschrift des § 528 C.P.O.

Nr. 22.

Wird durch den Tod des für die I. Instanz bestellten Anwalts nach Einlegung der Berufung seitens des Gegners das Verfahren unterbrochen?

C.P.O. §§ 221, 164.

Urtheil des Reichsgerichts (III. Civilsenat) vom 13. Mai 1887 in Sachen des Fiskus, Beklagten, wider die Bauern zu P., Kläger. III. 39/87.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preu[ß]
landesgerichts zu Stettin ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision konnte nicht für begründet erachtet werde[n].

Freilich ist es unrichtig, wenn in den Gründen des ange[...] Urtheils angenommen wird, daß mit der Zustellung des [...] erster Instanz die Berufungsinstanz beginne; dagegen ist die [...] rung richtig, daß das Verfahren der Instanz, soweit es sich u[...] Abgrenzung gegen die höhere Instanz handelt, insbesond[...] solcher Prozeßhandlung gegenüber, welche die Eröffnung der [...] Instanz bezweckt, mit der Zustellung des Urtheils seinen [...] findet, daher durch den nach der Zustellung des Urtheils erf[...] Tod des Prozeßbevollmächtigten einer Partei nicht unterbroch[...] Denn insoweit hat die Instanz jedenfalls ihre Endschaft [...] gegenüber der auf die Eröffnung der höheren Instanz g[...] Prozeßhandlung sind alle zur Instanz gehörigen, die Vertretu[...] Anwalts erfordernden Prozeßhandlungen mit der Zustellung [...] theils erledigt, so daß insoweit auch die Bestellung eines ne[...] zeßbevollmächtigten für die Instanz zwecklos erscheinen mu[...] Nichtunterbrechung in dem vorausgesetzten Falle folgt auch a[...] C.P.O.; denn hat die Zustellung eines Schriftsatzes, durch [...] ein Rechtsmittel eingelegt wird, beim Nichtvorhandensein, a[...] nach dem Tode des Prozeßbevollmächtigten der Instanz in E[...] lung eines für die höhere Instanz von dem Gegner bestellten [...] bevollmächtigten oder eines Prozeßbevollmächtigten erster Inst[...] eines Zustellungsbevollmächtigten an den Gegner selbst zu [...] so ist bei Einlegung eines Rechtsmittels von Seiten des [...] unzweifelhaft Unterbrechung nicht angenommen; hiermit ist a[...] für die andere Seite, soweit es sich für diese um die Bes[...] der höheren Instanz handelt, Unterbrechung ausgeschlossen; [...] tere wirkt nothwendig für beide Theile und liegt für die ein[...] der höheren Instanz gegenüber Unterbrechung nicht vor, so [...] selbe auch nicht für die andere Partei der höheren Instanz g[...] vorhanden sein.

Die erbetene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [...] aus dem Grunde mit Recht versagt, weil die Partei in [...] vom 16.—20. Mai noch vollständig in der Lage gewesen is[t] einen von ihr zu bestellenden Anwalt zweiter Instanz die Be[...] schrift zustellen zu lassen.

Nr. 23.

1. Ist für die Klage gegen einen Notar auf Entschädigung das Landgericht ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes zuständig?

C.P.O. § 509. G.V.G. § 70. Preuß. Ausf.G. z. G.V.G. § 39.

2. Verpflichtung des Notars zur Angabe der Mittel, durch welche er sich von der Identität der vor ihm handelnden Personen überzeugt hat. Sind die Vorschriften A.G.O. II. 2. auf Notare anwendbar?

G. v. 11. Juli 1845 § 45.

3. Konkurrirendes Verschulden der vor dem Notar handelnden Parteien bei unrichtiger Feststellung der Identität.

A.L.R. I. 6 § 20.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 5. März 1888 in Sachen W., Klägers, wider den Notar S., Beklagten. IV. 382/87.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Hamm ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte hat in zwei am 21. Dezember 1886 von ihm aufgenommenen notariellen Verhandlungen, dem Kaufvertrage über ein dem Kläger gehöriges Grundstück und der Zession einer Hypothekenforderung von 6000 M. an den Kläger, die Käuferin und Zedentin als „die ihm von Person genügend bekannte Wittwe Klempnermeister Wilhelm, St. Lina geborene L. zu Hagen" bezeichnet. Die bei den Verhandlungen betheiligte Person war aber, wie sich nachträglich herausgestellt hat, nicht die Wittwe Klempnermeister Wilhelm St. Lina geborene L. zu Hagen, sondern die Wittwe Weber St. Friederike geborene St. zu Hagen, welche durch ein Versehen des Postboten in den Besitz des von dem Amtsgericht Unna an die Wittwe St. Lina geborene L. adressirten Hypotheken-Dokuments über die Forderung von 6000 M. gelangt war.

Der Kläger fordert von dem Beklagten Schadensersatz und zwar zunächst den an sich unstreitigen Theilbetrag von 300 M. nebst 5 % Zinsen seit dem Tage der Klagezustellung.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung verurtheilt. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen.

Die gegen das Berufungsurtheil eingelegte Revision ist ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes zulässig, da der Rechtsstreit einen Anspruch gegen einen öffentlichen Beamten wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen betrifft und für diese Ansprüche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind.

§ 509 Ziff. 2 C.P.O.; § 70 des G.V.G.; § 39 Ziff. 4 des Pr. Ausf.G. zum Deutschen G.V.G. vom 24. April 1878.

Die Revision ist jedoch nicht begründet.

Das Berufungsgericht sieht darin, daß der Beklagte in den von ihm aufgenommenen beiden notariellen Akten die mit dem Kläger erschienene Wittwe St. als die ihm von Person genügend bekannte Wittwe Klempnermeister Wilhelm St. Lina geborene L. zu Hagen bezeichnet hat, während sie in Wahrheit nicht diese, sondern die Wittwe Weber St. Friederike geborene St. zu Hagen war, keine schuldbar falsche Beurkundung, durch welche dem Kläger der Schaden verursacht sein könnte. Denn als eine der Vorschrift des § 23 A.G.O. II. 2 genügende Art, sich von der Identität der erschienenen Personen zu vergewissern, dürfe der Notar auch eine Legitimation durch Vorlage von Urkunden ansehen. Vorliegend habe sich aber bei Aufnahme der beiden notariellen Verhandlungen die erschienene Wittwe St. im Besitze des Hypothekenbriefes über die von der Wittwe Klempnermeister Wilhelm St. Lina geborene L. zu zedirende Post befunden. Der Beklagte habe daher annehmen können, daß die Produzentin der Hypotheken-Urkunde auch diejenige Person sei, auf welche die Urkunde gelautet habe, umsomehr, da der Kläger ihm diese Person als die Wittwe St. vorgestellt habe, welcher er sein Haus verkaufen und die ihm zur Tilgung des Kaufpreises die ihr gehörige Hypothekenforderung zediren wolle. Zwar hätte der Beklagte korrekter gehandelt, wenn er in der Zessionsverhandlung und in dem Kaufvertrage die Erschienene als die durch den Besitz des Hypothekenbriefes sich als Wittwe Klempnermeister Wilhelm St. Lina geborene L. legitimirende aufgeführt hätte. Gleichwohl begründe die Bezeichnung als „die mir von Person bekannte" kein Versehen, welches den Schaden des Klägers verursacht habe, da der Beklagte, wie nach des Klägers eigner Darstellung sich ergebe, vor Aufnahme des Vertrages bezüglich der Identität der Mitkontrahentin dasjenige ermittelt habe, was einen Zweifel habe ausschließen müssen, und dies allein, nicht der gebrauchte Ausdruck das Wesentliche gewesen sei.

Diese Begründung hat die Revision zunächst mit der Ausführung angegriffen, die Vorschriften der A.G.O. II. 2 seien für die Gerichte, nicht aber für die Notare gegeben, das Berufungsgericht hätte daher seine Entscheidung lediglich aus der Bestimmung des § 10 des Gesetzes vom 11. Juli 1845 über das Verfahren bei Aufnahme von Notariatsinstrumenten schöpfen müssen. Der Angriff ist nicht begrün-

det. Die in der A.G.O. II. 2 über das Verfahren der Gerichte bei den Verhandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegebenen Vorschriften gelten nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 48 A.G.O. III. 7 auch für die Notare. Es kann sich daher nur fragen, ob das Gesetz vom 11. Juli 1845 diese Anwendbarkeit in Wegfall gebracht hat. Dies ist zu verneinen. Der § 45 jenes Gesetzes lautet:

> Alle den Bestimmungen dieser Verordnung entgegenstehende gesetzliche Vorschriften, insbesondere die §§ 49—77 A.G.O. III. 7 und das Gesetz vom 9. Juli 1841 (Gesetz-Samml. Seite 129) werden aufgehoben; dagegen behält es bei allen anderen hier nicht abgeänderten Bestimmungen über Anstellung, Rechte und Pflichten der Notare sein Bewenden.

Unter den ausdrücklich aufgehobenen Bestimmungen findet sich der § 48 A.G.O. III. 7. nicht. Nach § 10 des Gesetzes müssen zwar die von den Notaren aufzunehmenden Protokolle nothwendig — und zwar bei Strafe der Nichtigkeit der Notariatsurkunde (§§ 41, 42) — enthalten:

1. den Namen und Wohnort des Notars oder der Notare;
2. den Namen, Stand und Wohnort der zugezogenen Instrumentszeugen und *derjenigen Zeugen, durch deren Angabe sich der Notar von der Identität ihm nicht bekannter Personen versichert hat*;
3. die Namen, den Stand und Wohnort der Interessenten;
4. den Ort, das Jahr, den Monat und Tag, an welchem die Verhandlung aufgenommen ist;
5. die Versicherung, daß dem Notar sowie dem zugezogenen zweiten Notar oder den Instrumentszeugen keines der Verhältnisse entgegensteht, welche von der Theilnahme an der Verhandlung nach §§ 5—9 ausschließen.

Indessen daraus, daß in dieser Vorschrift von den Mitteln zur Feststellung der Identität der Parteien nur die Rekognitionszeugen erwähnt sind, ist die Ausschließung anderer Rekognitionsmittel nicht zu folgern. Es ist vielmehr grundsätzlich mit dem Berufungsgericht von der Anwendbarkeit der Vorschriften A.G.O. II. 2 auch für das Verfahren bei Aufnahme von Notariatsinstrumenten auszugehen und darnach darf mit dem angefochtenen Urtheil für zulässig erachtet werden, daß zufolge des § 23 A.G.O. II. 2 der Notar in Ermangelung von Rekognitionszeugen auch auf andere glaubwürdige Art von der Identität der Parteien sich versichert. Die Annahme des Be-

rufungsgerichts, daß auch Urkunden dazu geeignet seien, ist somit grundsätzlich nicht abzuweisen. Das Berufungsgericht erwägt, der Beklagte habe annehmen dürfen, daß die als Mitkontrahentin des Klägers erschienene Wittwe St., da sie sich im Besitze des Hypothekenbriefs über die abzutretende Post befand, diejenige Person sei, auf welche die Urkunde lautete, und umsomehr, da der Kläger selbst ihm diese Person als die Wittwe St. vorgestellt habe, welcher er sein Haus verkaufen und die ihm zur Tilgung des Kaufpreises die ihr gehörige Hypothekenforderung zediren wolle. Das Gericht hält es zwar für inkorrekt, daß die Erschienene in der Verhandlung als „die mir von Person bekannte" Wittwe Klempnermeister St. Lina geborene L. und nicht vielmehr als „die durch den Besitz des Hypothekenbriefs sich legitimirende" Wittwe Klempnermstr. St. Lina geb. L. aufgeführt ist. Gleichwohl wird verneint, daß hierin ein Versehen liege, welches den Schaden des Klägers verursacht habe.

Diese Erwägungen erscheinen zunächst insofern anfechtbar, als die Aufführung der Wittwe St. als die dem Notar „von Person genügend bekannte" nicht bloß inkorrekt ist, sondern dem Gesetze widerspricht, welches ausdrücklich die Angabe der Mittel fordert, durch welche sich der Notar von der Identität ihm vor dem aufzunehmenden Akte ihrer Identität nach nicht bekannter Personen überzeugt hat.

§§ 23, 43 Ziff. 2 A.G.O. II. 2.; § 10 des Notariatsgesetzes vom 11. Juli 1845; vergl. Oppenhoff, die Rechtsprechung des Königlichen Obertribunals, Bd. 13 S. 623; Johow, Jahrbuch für endgiltige Entscheidungen der Preußischen Appellationsgerichte, Bd. 1 S. 122 ff., Bd. 4 S. 61; Johow und Küntzel, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, Bd. 3 S. 93.

Wenn ferner als solche Mittel zur Feststellung der Identität nach § 23 A.G.O. II. 2 Urkunden nicht ausgeschlossen sind, so werden dies für einen vorsichtigen Notar nur solche Urkunden sein können, welche geeignet sind, die Identität des Vorzeigers derselben mit völliger Ueberzeugung für den Richter festzustellen.

Vergl. die beiden Reskripte des Justizministers vom 13. April und 21. September 1829 (Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher, Bd. 7 Abth. II. S. 459).

Indessen, selbst wenn jene Erwägungen des Berufungsgerichts und also die Verneinung sowohl einer Verschuldung des Beklagten als des Kausalzusammenhangs zwischen einem etwaigen Versehen des Beklagten und dem erwachsenen Schaden dem Vorwurfe einer Rechts-

normenverletzung unterliegen würden, so kann dies doch zu einer Aufhebung des angefochtenen Urtheils nicht führen, weil dasselbe durch den zweiten selbständigen Entscheidungsgrund getragen wird, nämlich durch die Annahme, daß, falls ein Versehen auf Seiten des Beklagten vorläge, dies mit Rücksicht auf die dargelegten Umstände ein geringes, höchstens ein mäßiges Versehen wäre, während der Kläger selbst ein grobes Versehen begangen habe. In letzterer Beziehung wird ausgesprochen, der Kläger hätte, da er seiner Mitkontrahentin ein Vermögensobjekt von erheblichem Werthe zu übereignen gedachte, sich schon vor Aufnahme des Aktes über ihre Person vergewissern müssen, und es sei dies für ihn um so leichter gewesen, da er vorher bereits mit derselben Verhandlungen über die Berichtigung des Kaufgeldes gepflogen habe. Indem er dies unterlassen, habe er ein grobes Versehen begangen und dieses mache ihn nach § 20 A.L.R. I. 6 aller Schadloshaltung verlustig. Vergebens erhebt die Revision gegen diese Ausführung den Vorwurf einer Gesetzesverletzung. Die allgemeinen Vorschriften in den §§ 18 ff. A.L.R. I. 6 über die Befreiung des Beschädigers durch die miteintretende Verschuldung des Beschädigten gelten nach der richtigen Annahme des Berufungsgerichts auch in Bezug auf die Entschädigungspflicht der Beamten.

Vergl. das Urtheil des Reichsgerichts vom 7. April 1883, abgedruckt in den Beiträgen von Rassow und Küntzel Bd. 27 S. 894.

Die thatsächliche Begründung der Annahme aber, daß in der Unterlassung des Klägers ein grobes Versehen liege, während dasjenige des Beklagten ein geringes, höchstens mäßiges sei, läßt nicht erkennen, daß das Berufungsgericht diese Rechtsbegriffe verkannt habe. Damit aber war die Anwendung der Vorschrift des § 20 A.L.R. I. 6 gerechtfertigt, wonach ein eignes grobes Versehen des Beschädigten denselben aller Schadloshaltung verlustig macht, wenn der Schade nur aus einem mäßigen oder geringen Versehen des Beschädigers entstanden ist.

Literatur.

26.

Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865. Mit Einführungsgesetzen und Kommentar. Von Dr. jur. H. Brassert, Berghauptmann und Oberbergamtsdirektor zu Bonn. Bonn bei Adolph Marcus. 1888.

Der Name „Brassert" stempelt allein schon das Erscheinen des vorstehend bezeichneten Werkes zu einem hervorragenden Ereigniß im Gebiet

der Bergrechtskunde und macht im Grunde jedes empfehlende Wort überflüssig. Nicht nur die Stellung des Herrn Verfassers an der Spitze einer oberen Bergbehörde, deren Wirkungskreis sich über Theile der drei großen deutschen Rechtsgebiete erstreckt, sondern mehr noch seine rastlose, fruchtbringende Thätigkeit als bergrechtlicher Schriftsteller und Herausgeber der „Zeitschrift für Bergrecht", vor Allem aber der hervorragende Antheil, den der Herr Verfasser selbst an der Schöpfung des Berggesetzes gehabt, lassen ihn als den berufensten, in mancher Beziehung authentischen Interpreten desselben erscheinen.

Das Werk zerfällt in drei Theile. Den ersten Theil (S. 1—48) bildet der Text des Gesetzes, in welchem die aufgehobenen Stellen durch kleineren Druck kenntlich gemacht sind. Der zweite und Haupt-Theil: „Erläuterungen und Zusätze" enthält nach Titel- und Paragraphen-Folge des Gesetzes den eigentlichen Kommentar und die dasselbe abändernden und ergänzenden auf das Bergwesen bezüglichen Vorschriften (S. 49—614). Es folgen als dritter Theil die Einführungsgesetze für die neu erworbenen Provinzen, sowie Waldeck und Pyrmont, nebst Erläuterungen. Den Schluß bildet ein ausführliches Sachregister.

Die Trennung des Kommentars von dem Text des Gesetzes soll nach der Absicht des Herrn Verfassers den Uebelstand vermeiden, daß bei dem Nachlesen eines oder mehrerer auf einander folgender Paragraphen häufig mehrere Blätter umgeschlagen werden müssen. In der That geht bei der üblichen Form der Kommentare gar sehr die Uebersicht über den in der Fülle der Anmerkungen fast verschwindenden Text verloren. Aber auch die hier gewählte Anordnung macht, um den Zusammenhang zwischen dem Gesetzestext und dem Kommentar nicht zu verlieren, ein lästiges Hin- und Zurückschlagen erforderlich, zu dessen Vermeidung sich die Zurhandnahme einer besonderen Textausgabe empfehlen mag.

Von einer dogmatisch-historischen Darstellung des Begriffs und der Entwickelung des Bergrechts überhaupt, wie sie den Kommentaren von Klostermann und Arndt als Einleitung vorausgeschickt ist, hat der Herr Verfasser abgesehen und in dieser Beziehung auf die vorhandenen Lehrbücher verwiesen. Nur eine knappe Bemerkung über die Entstehung des preußischen Berggesetzes und dessen Wiedergabe in den Berggesetzen von zehn andern deutschen Staaten ist in das kurze „Vorwort" aufgenommen. Im Anfang des letzteren einen Blick in die Zukunft werfend spricht der Herr Verfasser die Meinung aus, daß der Zeitpunkt für die Abfassung eines allgemeinen deutschen Berggesetzes nicht eher gekommen sein werde, als bis das bürgerliche Gesetzbuch vollendet und in Kraft getreten sei. Zur Rechtfertigung des Erscheinens des vorliegenden Kommentars bedurfte es dieses Hinweises nicht.

Was nun den Kommentar selbst angeht, so übertrifft er mehr oder minder alle seine Vorgänger an Umfang und Fülle des darin verarbeiteten Stoffes. Die Entscheidungen der Gerichte (und zwar nicht bloß der obersten Gerichtshöfe), sowie der Verwaltungsbehörden, die Materialien der Gesetzgebung, insbesondere die von dem Herrn Verfasser selbst herrührenden Motive zu dem Entwurf des Berggesetzes, nicht minder die Meinungen der Rechtslehrer und bergrechtlichen Schriftsteller sind in ausgiebigster Weise aber

mit sorglicher Auswahl herangezogen und unter gebührender Geltendmachung der eigenen Ansichten des Herrn Verfassers zu einem, soweit die Form des Kommentars es gestattet, einheitlichen Ganzen verarbeitet. Auf theoretische Fragen und Kontroversen ist nicht weiter eingegangen, als es zum Verständniß des Gesetzes erforderlich schien. Diese Erörterungen, sowie die historischen Rückblicke auf die Entwickelung der bergrechtlichen Institute haben ihren Platz vorzugsweise in den einleitenden Bemerkungen zu den Titeln und Abschnitten des Gesetzes gefunden, welche der Erläuterung der einzelnen Paragraphen vorausgeschickt sind.

Unter den noch ungeschlichteten wissenschaftlichen Streitfragen steht diejenige über die rechtliche Natur und den Gegenstand des Bergwerkseigenthums und damit zusammenhängend über die Zugehörigkeit der verleihbaren Mineralien wie deren Verleihung bezw. Gewinnung obenan. Mit Recht aber hebt der Herr Verfasser hervor, daß die hierüber bestehende Meinungsverschiedenheit eine praktische Tragweite von Belang nicht besitze, und hat sich demnach damit begnügt, die verschiedenen Meinungen einander gegenüber zu stellen. Er selbst verharrt, und wie uns dünkt, mit Recht, bei der bereits in den Motiven zu dem Entwurf von 1862 niedergelegten Ansicht, daß die Mineralien, so lange sie sich auf ihrer natürlichen Ablagerung befinden, Bestandtheile des Grund und Bodens sind, daher nicht als Sachen im rechtlichen Sinne, mithin auch nicht als herrenlose Sachen angesehen und ebensowenig unmittelbar Gegenstand eines von dem Grundeigenthum verschiedenen Sacheigenthums sein können. In Konsequenz hiervon ergiebt sich das Bergwerkseigenthum nicht als ein körperliches Eigenthum an dem verliehenen Mineral, sondern als die vom Staate verliehene ausschließliche Berechtigung, das entdeckte von dem Verfügungsrecht des Grundeigenthümers gesetzlich ausgeschlossene Mineral zu gewinnen.

Anlangend die verwandte Frage nach der rechtlichen Natur des Rechtes aus der Muthung, so verhält sich der Herr Verfasser wesentlich negativ, und das Resultat ist, wie uns scheinen will, ein unbefriedigendes. Indem nämlich der Herr Verfasser dem Recht aus der Muthung nicht nur der Bergbehörde gegenüber (und das mit Recht) den Karakter eines Privatrechts überhaupt abspricht, sondern auch die Eigenschaft eines dinglichen Rechts sowohl in Beziehung auf das Grundeigenthum als auf das gemuthete Mineral versagen will und alle in dieser Beziehung von den bergrechtlichen Schriftstellern (Klostermann, Achenbach, Koch, Baron) aufgestellten Konstruktionen verwirft, spricht er seine eigene Meinung dahin aus (S. 85): es könne der Versuch, das Recht aus der Muthung irgend einem bestimmten civilrechtlichen Begriffe anzupassen, niemals gelingen. Wenn nun aber der Herr Verfasser im Einklang mit der älteren und neueren Rechtsprechung, insbesondere der Entscheidung des Reichsgerichts vom 14. April 1888 (Bd. 21 S. 225) die Klage des Muthers aus § 23 A.B.G. dem dinglichen Gerichtsstande (§ 25 C.P.O.) zuweist (S. 117), und dies (S. 84) damit begründet: In den Beziehungen zu dritten Konkurrenten nehme das Recht des Muthers einen dinglichen Karakter an; — so scheint dabei übersehen zu sein, daß nach § 25 C.P.O. der Gerichtsstand der belegenen Sache für Klagen aus dem Eigenthum oder dinglichen Rechten nur dann eintritt,

wenn es sich um unbewegliche Sachen handelt. Die Bemerkung: das Recht des Muthers nehme dritten Konkurrenten gegenüber einen dinglichen Karakter an, kann hiernach zur Erklärung eines dinglichen Gerichtsstandes nicht genügen. Die in der zitirten Reichsgerichtsentscheidung gegebene Konstruktion des Rechts aus der Muthung als eines dinglichen Rechts an einer unbeweglichen Sache (sei es an dem Grundstücke selbst, sei es an dem gemutheten Mineral) hat in der oben zitirten Erörterung des Herrn Verfassers über das Wesen dieses Rechts (S. 85) keine Erwähnung gefunden.

In dem Vorwort ist die „erfreuliche grundsätzliche Uebereinstimmung" konstatirt, in welcher die Bergverwaltungsbehörden und die Gerichte in Anwendung und Fortbildung des in dem Berggesetz enthaltenen neueren Bergrechts sich befinden. In einem Fall, wo es sich gerade um eine solche Fortbildung des in dem Berggesetz gegebenen Rechtes handelt, ist in neuerer Zeit eine Meinungsverschiedenheit zwischen der obersten Bergbehörde und dem Reichsgericht hervorgetreten, welche auch in dem vorliegenden Kommentar, anscheinend in einem der Entscheidung des Reichsgerichts ungünstigen Sinne Erwähnung gefunden hat (S. 358). Sie betrifft die Anwendung der Vorschriften über die Grundabtretung (§ 135 ff.) auf das sogenannte planmäßige Zubruchebauen beim Braunkohlenbergbau. Diese Anwendung hat das Reichsgericht prinzipiell als gerechtfertigt anerkannt, aber davon abhängig gemacht, daß das Zubruchegehen der Erdoberfläche als Mittel zum Zwecke der Fortführung des Bergbaues gewollt und zu diesem Zwecke nothwendig sei, weil nur unter dieser Voraussetzung von einer Benutzung des Grundstückes im Sinne des § 135 die Rede sein könne. Der gegen diese Entscheidung schon in der „Zeitschrift für Bergrecht" gemachte, in dem vorliegenden Kommentar S. 358 wiederholte, aus dem Begriff des „Hangenden" entnommene Einwurf scheint auf einem Mißverständniß der Gründe der reichsgerichtlichen Entscheidung zu beruhen, wie dies in einem, in dem nämlichen Rechtsstreit neuerdings ergangenen Urtheil (vom 27. Oktober 1888) näher dargelegt ist.

Bei Erläuterung der einzelnen Vorschriften ist stets auf die etwaigen Abweichungen in den dem preußischen nachgebildeten zehn deutschen Berggesetzen hingewiesen. Aber auch die selbständigen deutschen Berggesetze, das österreichische Berggesetz und die französische Berggesetzgebung sind nicht unberücksichtigt geblieben, wo eine Vergleichung mit den Vorschriften des preußischen Berggesetzes ein Interesse bot. Von den als „Zusätze" in den Kommentar theils vollständig, theils auszugsweise aufgenommenen und ausführlich erläuterten Gesetzen heben wir hervor: die Reichsgewerbeordnung; die Gesetze über die Krankenversicherung der Arbeiter, und die Unfallversicherung; die Strafgesetze gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen, und über die Bestrafung unbefugter Gewinnung und Aneignung von Mineralien; die Gesetze über die Besteuerung der Bergwerke, und über die Bergwerksabgaben vom 12. Mai 1851 und vom 20. Oktober 1862; das Gesetz betreffend die Rechtsverhältnisse des Stein- und Braunkohlenbergbaus in den ehemals sächsischen Landestheilen vom 22. Februar 1869; das Gesetz wegen Verwaltung der Bergbauhülfskassen vom 5. Juni 1863.

Was die Ausstattung des Werkes betrifft, so ist namentlich der große deutliche Druck lobend hervorzuheben.

Alles in Allem gebührt dem Herrn Verfasser im vollsten Maße Dank für das hervorragende Werk, durch welches er die bergrechtliche Literatur bereichert hat. Es läßt sich voraussetzen, daß dieser neueste und reichhaltigste Kommentar in Kurzem die Praxis beherrschen wird. B.

27.

Die Grundbuch-Ordnung vom 5. Mai 1872 mit Ergänzungen und Erläuteläuterungen herausgegeben von W. Turnau, Reichsgerichtsrath. Vierte verbesserte und vermehrte Auflage. Paderborn von Ferdinand Schöningh. 1888. 2 Bde. (M. 20,—.)

Einer wiederholten Karakterisirung des Turnau'schen Buches, dieses vollständigsten und zuverlässigsten Kommentars der preußischen Grundbuchgesetze, bedarf es nicht, da es allbekannt ist. Auch versteht sich von selbst, daß der Verfasser, welcher gegenwärtig Mitglied des zur letztinstanzlichen Entscheidung der das Grundbuchrecht betreffenden Rechtsstreitigkeiten vorzugsweise berufenen Senats des Reichsgerichts ist, bei der Bearbeitung der vorliegenden vierten Auflage die neuere Judikatur des Reichsgerichts, die Entscheidungen des Kammergerichts sowie alle auf dem Gebiete des Grundbuchrechts veröffentlichten wissenschaftlichen Arbeiten mit der ihm eigenen musterhaften Sorgfalt berücksichtigt, auch nichts unterlassen hat, um die Uebersichtlichkeit in der Anordnung des immer mehr anschwellenden Stoffes zu fördern. Die kritischen Bemerkungen, welche er einzelnen Urtheilen des Reichsgerichts beigefügt hat, verdienen volle Beachtung und werden dieselbe sicherlich finden: so namentlich die Kritik des in den Beiträgen Bd. 31 S. 1160 mitgetheilten Urtheils des vierten und der in der Bolze'schen Sammlung (Bd. 4 Nr. 126) erwähnten Entscheidungen des fünften Civilsenats (vgl. Bd. 1 S. 768 und 774, 75).

Den wohlverdienten Beifall, dessen sich das Werk überall erfreut, wird die neue Auflage desselben zweifellos vermehren.

Zu erwägen wäre, ob nicht zweckmäßig die verschiedenen Einführungsgesetze, wenigstens ein Textabdruck derselben, aufgenommen werden möchten.

Küntzel.

28.

Handbuch des geltenden öffentlichen und Privat-Rechts für das Gebiet des Preußischen Landrechts. Von R. Zelle, Stadtsyndikus in Berlin. Berlin. Verlag von Julius Springer. 1888. (M. 5,—.)

Der Verfasser giebt eine sich an die Legalordnung des Allgemeinen Landrechts anschließende encyklopädische Uebersicht des im Gebiete dieses Gesetzbuchs gegenwärtig geltenden öffentlichen und Privatrechts. Er will dem Praktiker der Verwaltung und der Justiz durch eine gedrängte Zusammenstellung der bestehenden Rechtsnormen für seine täglichen Arbeiten eine informatorische Grundlage gewähren und ihn auf die Rechtsquellen hinweisen, deren Kenntniß zur Beurtheilung und Behandlung des Einzelfalls erforder-

lich ist; das Buch soll zugleich denjenigen, die sich auf die Praxis in der Justiz oder der Verwaltung vorbereiten, das Studium des Rechtsstoffes erleichtern. Diesen Zwecken wird sich das — einschließlich eines sorgfältigen Sachregisters — nur 358 Seiten umfassende Werk vorzugsweise auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts gewiß förderlich erweisen. Recht anschaulich und faßlich ist namentlich der Organismus der staatlichen, kirchlichen und Selbstverwaltungs-Behörden und der Inhalt der sozialpolitischen Gesetze dargestellt. Das Buch darf hiernach als werthvolles Hülfsmittel beim Studium und bei der Anwendung gerade des öffentlichen Rechts empfohlen werden. Küntzel.

29.

Lehrbuch des gesammten Privatrechts in geschichtlicher, dogmatischer und wirthschaftlicher Beziehung, mit Rücksicht auf die einschlägigen Materien des öffentlichen Rechts. Von Dr. Georg Prager. Bd. I, Allgemeine Lehren und Sachenrecht. Berlin und Leipzig. J. Guttentag 530 S. (M. 12,—.)

„Dies Lehrbuch soll eine gemeinfaßliche Uebersicht über den gesammten Rechtsstoff geben, sowie eine Grundlage bilden für die Vorbereitung zum höheren Justiz- und Verwaltungsdienst“, es soll ein Leitfaden und eine Anregung sein, der „lernbegierigen Jugend die Höhen und Tiefen des juristischen Wissens zu erschließen“. Wenn es dem Verfasser, indem er so zwischen den streng wissenschaftlichen Hülfsmitteln und der Dürftigkeit der gangbaren Repetitorien Stellung nimmt, gelingt, das Unwesen der letzteren eindämmen zu helfen, so wird er sich ein nicht gering anzuschlagendes Verdienst erworben haben. Der vorliegende Band enthält nach einer etwas dürftigen encyklopädischen Einleitung und einer Uebersicht der „äußeren Rechtsgeschichte“ d. h. der Quellen des römischen, kanonischen, germanischen und der neueren Rechte, die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht nach Art der Pandektenhandbücher in möglichst knappen und durchweg präzisen Sätzen unter Einreihung der Abweichungen des preußischen Landrechts.

Leipzig. Dr. Klöppel.

30.

Berufung und Thätigkeit der Generalversammlung der Aktiengesellschaften nach dem Reichsgesetz vom 18. Juli 1884. Von Th. Hergenhahn, Landgerichtsdirektor in Kassel. Berlin. F. Vahlen. 1888. 174 S. (M. 3,50.)

Die monographische Behandlung der durch den Titel bezeichneten Seite des Rechts der Aktiengesellschaften rechtfertigt der Verf. mit der eingehenderen Ordnung, welche gerade diesen Fragen durch die jüngste Novelle zum H.G.B. gegeben worden ist. Er verschließt sich selbst dem Zweifel nicht, ob durch die sorgfältigen gesetzlichen Vorkehrungen sowohl für die möglichst unverfälschte und klare Verwirklichung „des thatsächlich vorhandenen Willens der Gesellschafter“ in den Beschlüssen der Generalversammlung wie für das Recht der Minderheiten in derselben und der Einzelaktionäre ihr gegenüber

dem Gesetzgeber erwartete größere und lebendigere Theilnahme der
an den Versammlungen und dadurch eine erhöhte Selbstthätigkeit
zur Wahrung der gemeinsamen Interessen werde erzielt werden.
s mußte eine so besonnene und in richtiger Erkenntniß des praktischen
ses an die ausgedehnte Rechtsprechung des früheren Reichsober-
richts und des Reichsgerichts sich anlehnende, aber auch die ein-
Literatur gewissenhaft verwerthende Darstellung auf den Dank
heiligten rechnen dürfen, welche dadurch der gleich beschwerlichen
erhoben werden, ihre Belehrung über die rechtliche Stellung des
, sei es aus den umfangreichen Werken über Handels- und Aktien-
uszusuchen oder aus den Kommentaren zusammenzulesen. — Ein
iches Bedenken gegen die Behandlung des Verfassers ist gleich der
der Vorrede wachzurufen geeignet: „der Wille der Aktiengesellschaft
rganisirten Gesammtheit der Aktionäre soll seinen Ausdruck in der
rsammlung der Aktionäre finden", welche weiter als das „höchste
r Aktiengesellschaft" bezeichnet wird. Das Gesetz weiß von diesen
en nichts, und wenn die Motive der Novelle sie größtentheils
enthalten, so giebt dies keinen Grund, Auffassungen in das Gesetz
agen, für welche dieses keine Stelle bietet. Die Aktiengesellschaft
Gesellschaft (Art. 207), welche durch einen Gesellschaftsvertrag
) gebildet und in ihren Rechtsverhältnissen bestimmt ist, also eine
te Gesammtheit", nicht mehr noch weniger als jede andere Art
elsgesellschaft, welche wesentlich dieselbe rechtliche Grundlage hat.
ralversammlung ist rechtlich, wie der Name anzeigt, die Gesammt-
Aktionäre, also die Gesellschaft selbst, nicht deren Organ; daß die
en und die Minderheit durch die Beschlüsse der Mehrheit gebunden
kann auch in dem Gesellschaftsvertrage der offenen Handelsgesell-
gesetzt werden, wenn diese aus einer größeren Zahl von Gesell-
besteht. Das „Organ" der Aktiengesellschaft, welches ihren „Willen"
en (Art. 227) und zwar ausschließlich (Art. 231) zum Ausdruck
t der Vorstand. Daß dieser nach Innen in mehr oder weniger
n die Zustimmung des Aufsichtsraths oder der Generalversammlung
ist, entspricht wieder nur dem Verhältnisse eines zur Vertretung
en Handelsgesellschaft befugten Gesellschafters zu den übrigen, und
steht nichts entgegen, daß die Gesammtheit der Gesellschafter
sschuß gleich dem Aufsichtsrath als „Organ" bestellt. — In wie
h eine solche, dem Gesetz nicht entsprechende Auffassung der Aktien-
t auch die Auslegung der Rechtssätze bestimmt werden mag, kann
Stelle nicht verfolgt werden. Bis jetzt hat der gesunde und
Sinn, mit welchem das Handelsgesetzbuch in der Rechtsprechung
sgerichte angewendet worden ist, im Großen und Ganzen den Ein-
unklaren Vorstellungen von „juristischer Person" und „Körperschaft"
Stellung der Aktiengesellschaften ferngehalten, wenn auch die jenen
ngen entsprechenden Ausdrücke nicht immer vermieden worden sind.
ren Führung dieser Rechtsprechung verdankt es denn auch der Ver-
enn er vor den Folgen seiner Auffassung bewahrt geblieben ist.

Aber der Wunsch kann nicht unterdrückt werden, daß die Auslegung wie die wissenschaftliche Bearbeitung des Handelsrechts sich durchaus in dem Rahmen der knappen, bestimmten und sauberen Rechtssprache halte, durch welche das Handelsgesetzbuch sich bis heute unter allen Schöpfungen der gemeinsamen deutschen Gesetzgebung auszeichnet.

Leipzig. Dr. Klöppel.

31.

Lehrbuch der Pandekten. Von Dr. Otto Wendt, Professor des römischen Rechts zu Jena. Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1888. (M. 15,—.)

Das vorliegende Werk ist in erster Linie als Lehrbuch für die cupida legum juventus bestimmt. Wir glauben, daß es diesen Zweck in vorzüglicher Weise erfüllt. Eine Vergleichung desselben mit anderen neuerdings erschienenen Darstellungen des Pandektenrechts liegt uns fern. Wir wollen in dieser Anzeige des Buches vielmehr nur die Ziele, welche der Verfasser sich bei seiner Arbeit gestellt, andeuten und auf seine Eigenart in dem Vortrag des Materials aufmerksam machen. Er sagt selbst in dem Vorwort, daß er auf Form und Darstellung das Hauptgewicht gelegt habe. Das zeigt sich zunächst schon in der Sprache. Der Verfasser bestrebt sich ernstlich deutsch zu schreiben, aber nicht in dem Sinne, daß er für die typisch gewordenen römischen Ausdrücke überall deutsche Uebersetzungen gebraucht. Er sagt vielmehr mit Recht, daß derjenige, welcher durch die Darstellung des römischen Rechts dem Schüler das Verständniß der Quellen eröffnen will, sich dabei des Mittels bedienen muß, mit den Worten und Bildern des römischen Rechts zu sprechen. Wir halten es namentlich für richtig, daß der Verfasser die vielfachen kurzen Rechtsregeln aus den Pandekten, welche das Verständniß des Rechtssatzes fördern und ihn im Gedächtniß der lernenden Jugend festhalten, großgedruckt seiner Darstellung in reichem Maße eingefügt hat. Ob der Verfasser die Ausdrucksweise in dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches nicht zu hart beurtheilt, indem er die Gierkeschen Angriffe ohne weitere Begründung in vollem Umfange als zutreffend hinstellt, lassen wir unerörtert. — Wie die Sprache, so ist auch die Darstellung klar und leicht verständlich. Wenn der Verfasser die Befürchtung ausspricht, man könnte ihm vorwerfen, daß er den Definitionen zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt habe, so können wir diese Befürchtung bei genauerer Prüfung seines Buches nicht für begründet erachten. Ein weiterer Vorzug des Lehrbuches ist die Beschränkung in Betreff des Stoffes. Für die lernende Jugend kommt es in erster Linie darauf an, die allgemeinen Grundsätze über die einzelnen Rechtsinstitute in sich aufzunehmen und deren Zusammenhang mit dem ganzen Rechtssystem zu begreifen. Dieses Zieles ist der Verfasser sich stets bewußt gewesen. Wir können es nur billigen, daß er die Behandlung der Kontroversen, auf welche in manchen Lehrbüchern ein zu großes Gewicht gelegt wird, eingeschränkt hat. Für ältere Juristen waltet dabei kein Zweifel ob, daß die Ausführungen des Verfassers in voller Kenntniß der älteren und neueren Literatur geschrieben sind. Wo eine Kontroverse näher behandelt wird, zeigt die Entscheidung derselben den ge-

funden, praktischen Blick des Verfassers. Besonders angenehm hat es uns berührt, daß die Masse der Zitate, welche in vielen Lehrbüchern bei der Erörterung der einzelnen Rechtsregeln als Beweisstellen beigefügt zu werden pflegen, angemessen gekürzt ist. Wir glauben uns nicht zu irren, wenn wir behaupten, daß nur wenige Studirende eine so große Zahl von Gesetzen, wie sie z. B. in den Pandekten von Arndts angezogen sind, nachschlägt. Ob dies bedauerlich ist, darüber kann man gewiß verschiedener Ansicht sein, wir meinen aber, daß die Herausgeber mit der Thatsache, daß das Quellenstudium abgenommen hat, wenigstens bei Büchern, welche für die lernende Jugend bestimmt sind, rechnen sollten. In welcher anderen Art darauf hinzuwirken sei, daß die für die Ausbildung aller Juristen unentbehrliche Kenntniß der Pandekten gewonnen werde, ist eine vielfach ventilirte Frage, auf welche wir jedoch bei dieser Gelegenheit einzugehen vermeiden.

Zu der Zeit, als der Verfasser das Vorwort für sein Lehrbuch schrieb — 5. September 1888 — war der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich mit den Motiven schon längere Zeit veröffentlicht. Der Verfasser hat die Frage erwogen, ob es nicht wünschenswerth sein möchte, daß Mittheilungen aus dem Entwurf und Verweisungen auf die in demselben dargebotenen Vorschläge wenigstens im Allgemeinen und an allen besonders wichtigen Punkten der Darstellung hinzugefügt würden. Er verneint die Frage, weil seine Aufgabe rein dem geltenden gemeinen Recht zugewandt sei, und weil bei einem Lehrbuche, welches dem werdenden Juristen zum Studium der Pandekten dienen soll, der Blick nicht über diesen Stoff hinaus schweifen dürfe. Wir glauben dem Verfasser insoweit beistimmen zu können, als das von ihm gesteckte Ziel es ausschloß, die in dem Entwurf proponirten gesetzgeberischen Vorschläge aufzunehmen und zu erörtern. Ein derartiges Verfahren könnte bei der Unsicherheit, welche Rechtsnormen demnächst zum Gesetz erhoben werden, leicht Verwirrung anrichten. Die Motive lassen jedoch ersehen, daß die mit der Ausarbeitung des Entwurfs betraute Kommission überall bestrebt gewesen ist, das römische Recht, soweit es zur Aufnahme in den Gesetzentwurf geeignet befunden wurde, in derjenigen Gestalt zu fixiren, welche es nach Gewohnheit, Rechtsprechung und unter Einfluß der durch Territorial- und Reichsgesetze zu Tage tretenden Rechtsentwickelung gewonnen hat. Wir meinen, das Lehrbuch des Verfassers würde den Zweck, die juristische Jugend für ihren späteren Beruf vorzubereiten, mehr erfüllt haben, wenn es nicht das Ziel, reines römisches Recht zur Darstellung zu bringen, in einer u. E. zu exklusiven Weise verfolgt hätte. Wir machen darauf aufmerksam, daß die Judikatur der früheren höchsten deutschen Gerichtshöfe, wie sie im Seuffert'schen Archiv niedergelegt ist, kaum jemals berücksichtigt wird. Und doch sind durch dieselbe eine Reihe von Kontroversen des gemeinen Rechts für die Praxis so vollständig ausgetragen, daß der Streit für beseitigt gelten kann. Die Reichsgesetze, z. B. die Konkursordnung, die Civilprozeßordnung ꝛc. werden zwar erwähnt, und die hauptsächlichsten Bestimmungen derselben, welche für das gemeine Recht von Bedeutung sind, angeführt, aber die dogmatische Entwickelung der darin enthaltenen Rechtssätze, und deren Ein-

wirkung auf das ganze Rechtssystem, wie sie von Mandry mit Glück versucht ist, hätte einen viel größeren Raum u. E. beansprucht. Einzelne Urtheile des Reichsgerichts sind zwar angeführt; daß das Buch aber die Praxis des Reichsgerichts in Fragen des gemeinen und des Reichsrechts im Ganzen wiedergebe, wird man schwerlich sagen können. Die Darstellung des römischen Rechts, wie sie in dem Lehrbuch enthalten ist, entspricht dem Begriff der Pandekten, wie ihn Stammler in seiner akademischen Antrittsrede (S. 13) für die Zeit nach dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches aufstellt. Dagegen dürfte es zweifelhaft sein, ob nicht für ein Buch, welches bestimmt ist, die Jugend für die Rechtsprechung vorzubereiten, eine größere Berücksichtigung des römischen Rechts, wie es nach der jetzigen Praxis verstanden wird, wünschenswerther wäre.

Es sei uns gestattet, dieses Urtheil durch einige Beispiele zu erläutern. Bei der Lehre von den Wirkungen der Zession (§ 216) erörtert der Verfasser die alte Streitfrage, ob die Zession eine Uebertragung der Obligation nur der Ausübung nach enthält (Mühlenbruch u. A.), oder ob die Gläubigerschaft als solche, nicht bloß der Nutzung, sondern auch dem Rechte nach, also die Obligation selbst in ihrem rechtlichen Bestande für das Objekt der Uebertragung zu erachten ist (Windscheid u. A.). Der Verfasser entscheidet sich im Wesentlichen für die Mühlenbruch'sche Ansicht. Er will dem Zessionar nur ein jus exigendi geben und die Uebertragung der Obligation dem Bande nach erst mit der Benachrichtigung des Schuldners eintreten lassen. Von diesem Standpunkt aus widerspricht er auch der Windscheid'schen Annahme, daß bei mehrfacher Zession der erste Zessionar unverkümmert, und unabhängig von der Denuntiation Rechtsnachfolger des Zedenten wird. Ob dies der Standpunkt des justinianischen Rechts gewesen ist, darüber läßt sich gewiß streiten. Daß aber die deutsche Rechtsprechung, wie zahlreiche im Seuffert'schen Archiv und den Entscheidungen des R.Ob.H.Ger. mitgetheilte Urtheile ergeben, in Uebereinstimmung mit den bedeutendsten Partikulargesetzgebungen, die entgegenstehende (Windscheid'sche) Ansicht angenommen haben, wird nirgends erwähnt. Das Reichsgericht (Entsch. in Civilsachen Bd. IV S. 114—115) führt aus, wie das römische Recht liege, könne dahingestellt bleiben. Denn nach der Entwickelung der Lehre von der Zession der Forderungen im neueren Recht, nach der im heutigen Verkehrsleben herrschenden, auch in der Doktrin und Praxis zur Anerkennung gelangten, und in den neueren Gesetzgebungen zur Geltung gebrachten Rechtsauffassung für das heutige Recht müsse der mit dem Begriff und Wesen des Forderungsrechts wohl verträgliche Satz angenommen werden, daß durch die Zession eine Sondernachfolge in die Forderung herbeigeführt wird, und daß der Uebergang des abgetretenen Forderungsrechts von dem Zedenten auf den Zessionar mit dem Akte der Zession in der Art sich vollzieht, daß der bisherige Gläubiger ohne Weiteres, namentlich ohne das Hinzutreten der Denuntiation an den Schuldner aufhört, Gläubiger zu sein, und derjenige, auf welchen die Forderung übertragen wird, als neuer Gläubiger an dessen Stelle tritt. — Seit diesem, schon 1881 ergangenen Urtheil steht die Frage für das Reichsgericht, und wohl auch für die Judikatur der gemeinrechtlichen Oberlandesgerichte fest. War es nicht

geboten, der lernenden Jugend mitzutheilen, daß die von dem Verfasser vertheidigte Ansicht derjenigen des höchsten deutschen Gerichtshofes nicht entspricht?

Ein ferneres Beispiel. Bei der Darstellung des Pfandrechts sagt der Verfasser (S. 396), die Grundsätze des deutschen Rechts, namentlich in Betreff der Unterscheidung zwischen Mobiliar- und Immobiliarpfandrecht, hätten sich in den Partikularrechten dauernd lebendig erhalten, und deshalb habe die Rezeption des römischen Rechts der nuda hypotheca keinen allzubreiten Raum und Einfluß verschaffen können. Sie sei zwar gemeines Recht geworden und gelte noch als solches. Durch die neuere Reichsgesetzgebung habe sie aber noch mehr an Bedeutung fürs Leben eingebüßt, da sie für diejenige Stelle, an welcher es auf das Pfandrecht vor Allem ankommt, für den Konkurs nämlich, jetzt völlig entwerthet worden sei und ihrem Inhaber keine Vortheile mehr gewähre. Das gebe natürlich den Anlaß, die Darstellung des römischen Pfandrechts thunlichst einzuschränken. In welchem Umfange der Verfasser diese Intention zur Ausführung gebracht, läßt sich beispielsweise daraus ersehen, daß er im § 165 (S. 410) von den gesetzlichen Pfandrechten des römischen Rechts nur die hauptsächlichsten angiebt. Hinsichtlich des Pfändungspfandrechts wird im § 166 (S. 411) gesagt, es sei von der obrigkeitlichen Pfändung seit der (römischen) Kaiserzeit Gebrauch gemacht, und so überlieferten uns die Quellen des pignus in causa judicati captum, von welchem wir zwar noch in der Gegenwart Gebrauch machen, dessen Einzelheiten jetzt aber durch unsere Prozeßgesetzgebung geregelt seien, so daß das römische Recht seine formelle Bedeutung dafür verloren habe. Wir halten für recht bedenklich, ob es dem lernenden Juristen gelingen wird, aus diesen kurzen Bemerkungen sich mit den Vorschriften des römischen Rechts über das pignus legale und das pignus in causa judicati captum so vertraut zu machen, wie man es von ihm im ersten Examen verlangt. Völlig unmöglich erscheint uns aber, daß er eine Vorstellung davon gewinnen könne, welche Neugestaltung des Pfändungspfandrechts und des gesetzlichen Pfandrechts durch die neueren Reichsgesetze eingetreten ist. Hinsichtlich des Einflusses der Konkursordnung auf das gemeinrechtliche Pfandrecht und namentlich die nuda hypotheca bringt der Verfasser zwar im § 180 (S. 436) etwas mehr Material, aber dies Reichsgesetz wird im Verhältniß zu seiner eminenten Bedeutung für das Rechtsleben doch auch nur stiefmütterlich behandelt. In Betreff der Nichtberücksichtigung der Judikatur des Reichsgerichts bei pfandrechtlichen Fragen machen wir als Beispiel darauf aufmerksam, daß der Verfasser § 158 (S. 399) ausführt, schon nach römischem Recht sei häufig zu Pfandabreden gegriffen, welche mit dem eigentlichen Pfandrecht nur den wirthschaftlichen Zweck gemein haben. Er sagt, daß kein Grund bestehe, auf diesem Gebiete die Vertragsfreiheit irgendwie einzuschränken; darum sei auch die fiducia cum creditore nicht ausgeschlossen, und von ihr werde der Verkehr alsbald Gebrauch machen, wenn ihm das Pfandeigenthum für sicherer und vortheilhafter als das Pfandrecht gilt. Das habe sich seit Einführung der D. Konkursordnung mit großer Deutlichkeit gezeigt. Auch an anderer Stelle (S. 407 Nr. 6) wird die Gültigkeit und Wirksamkeit des Pfandeigenthums für nicht zweifelhaft erklärt. Das Reichsgericht hat sich in 2 Urtheilen

(Entsch. Bd. II S. 168 I. Civilsenat; S. 173 III. Civilsenat) über die sogen. verschleierten Pfandverträge ausgesprochen. Es nimmt darin den Standpunkt ein, daß an sich, wenn die Absicht der Kontrahenten darauf gerichtet ist, ein Kaufvertrag rechtsgültig zu dem Zwecke abgeschlossen werden kann, dem Gläubiger Sicherheit wegen seiner Forderung zu verschaffen. Wenn jedoch die Vereinbarung der Kontrahenten ergiebt, daß in Wirklichkeit kein Kaufvertrag gewollt ist, und insbesondere die getroffenen Vertragsbestimmungen mit den Grundsätzen von Kaufverträgen sich nicht in Uebereinstimmung bringen lassen, so erachtet das Reichsgericht solche verschleierte Pfandverträge für unwirksam. An dieser, die Ansicht des Verfassers erheblich einschränkenden Ansicht hat das Reichsgericht in konstanter Praxis festgehalten.

Doch genug der Einzelheiten. Wir kommen darauf zurück, daß wir das Wendt'sche Buch zu Lehrzwecken in hohem Maße geeignet halten. Sollte der Verfasser, was uns nicht unwahrscheinlich bedünkt, noch vor dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland in die Lage kommen, eine neue Auflage zu veranstalten, so möchten wir ihm den Wunsch aussprechen, sich entweder auf die Darstellung des gemeinen Rechts, wie es sich vor den neuen Reichsgesetzen gestaltet hatte, zu beschränken, oder diese Gesetze in ihren Wirkungen auf das gemeine Recht eingehender zu behandeln.

Rassow.

32.

Depositum irregulare. Von Dr. jur. Theodor Niemeyer, Privatdozent an der Universität zu Halle. Halle a. S., 1889. Max Niemeyer. (M. 4,—.)

Die vorliegende Schrift will den Nachweis erbringen, daß das Geschäft, welches die herrschende gemeinrechtliche Lehre unter dem Namen depositum irregulare als Unterart des depositum behandelt, ein Anwendungsfall des Darlehns, und lediglich nach dessen Grundsätzen zu beurtheilen ist. Der Verfasser erörtert im 1. Abschnitt die römischen Quellen, im 2. das gemeine deutsche Recht (mit genauer Dogmengeschichte seit der Zeit der Glossatoren), im 3. die Grundsätze des Handelsverkehrs (S. 153 mit eingehender Kritik des Urtheils des R.Gerichts Entsch. Bd. XII S. 85) und die neuere deutsche und außerdeutsche Gesetzgebung. Abgesehen vom französischen Recht geht der Zug der modernen Gesetzgebung dahin, beim depositum irregulare die Grundsätze vom Darlehnsvertrage zur Anwendung zu bringen. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich bestimmt im § 618, daß in Folge der Abrede bei der Hinterlegung, es sollten Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückgegeben werden, der Vertrag als Darlehnsvertrag anzusehen ist. Hat der Hinterleger dem Verwahrer gestattet, die hinterlegten Sachen zu verbrauchen, so soll der Vertrag mit dem Augenblick, wo der Verwahrer von dieser Befugniß Gebrauch macht, ebenfalls in einen Darlehnsvertrag übergehen. In beiden Fällen wird jedoch im Zweifel als vereinbart angenommen, daß in Betreff der Zeit und des Orts der Zurückgewährung die für den Hinterlegungsvertrag geltenden Vorschriften anwendbar sein sollen. Rassow.

33.

Das Selbstkontrahiren des Stellvertreters nach gemeinem Recht. Von Dr. Max Rümelin, Privatdozent an der Universität Bonn. Freiburg i. B., 1888. Akademische Verlagsbuchh. von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). (M. 9,—.)

Der Verfasser sagt in der Einleitung, die Frage, ob und inwieweit der Vertreter einer bestimmten Person zwischen sich selbst und dieser, der Vertreter zweier Personen zwischen beiden einen Vertrag zu Stande bringen, bzw. ob und inwieweit er für die betreffenden Personen durch sein alleiniges Handeln Vertragswirkungen herbeiführen könne, sei, besonders in neuerer Zeit, vielfach ventilirt worden. Trotzdem dürfte sich eine herrschende Meinung bis jetzt in keiner Weise gebildet haben. Denn die Entscheidungen, welche das Reichsgericht in dieser Materie gefällt hat (Entsch. R.G. Bd. 4 S. 297 V. S., Bd. 6 S. 11 u. Bd. 7 S. 119 I. S.), hätten von verschiedenen Seiten den lebhaftesten Widerspruch erfahren. Der Verfasser hat deshalb eine wiederholte Inangriffnahme des Gegenstandes um so mehr für wünschenswerth gehalten, als auch die Schriften, welche sich mit der Frage beschäftigen (von Römer, Lepa und Muskat), dieselbe keineswegs erschöpfen. Er giebt zunächst eine kurze Dogmengeschichte der Lehre. Hierauf wird im 1. Kapitel die Möglichkeit des Selbstkontrahirens behandelt. Der Verfasser sagt (S. 15), es könne kein Zweifel darüber bestehen, daß zwischen dem Vorgang, den man gewöhnlich als Vertragsschluß bezeichnet, nämlich der Willenseinigung zweier Personen, und dem Vorgang beim Selbstkontrahiren eine fundamentale Differenz stattfindet. Er schließt sich der Ansicht von Lepa und Bachmann an, daß beim Selbstkontrahiren immer nur ein Wille in Thätigkeit treten, ein Willensentschluß Platz greifen kann. Für unrichtig hält er folgende Argumentation: „Das Wesentliche beim Vertragsschluß ist, daß für zwei getrennte Vermögenskomplexe in Folge der Willenserklärungen derjenigen Personen, welchen die Disposition über jene zusteht, Rechtswirkungen herbeigeführt werden sollen; in gewissen Fällen nun ist es eine einzige Person, der die Disposition über die verschiedenen in Betracht kommenden Vermögen, oder doch wenigstens über gewisse Bestandtheile derselben zukommt; in diesen Fällen muß die Willenserklärung dieser einen Person zur Herbeiführung des betreffenden Erfolges genügen; daß grade zwei korrespondirende Willensentschlüsse gefaßt, zwei Willenserklärungen abgegeben werden, darauf kommt es nicht an.“ Er will die Frage dahin stellen: Können nicht unter Umständen an einen Thatbestand, der in Wirklichkeit nicht Vertragsthatbestand, sondern einseitiges Rechtsgeschäft ist, Vertragswirkungen angeknüpft werden? (S. 19). Im 2. Kapitel behandelt der Verfasser die Zulässigkeit des Selbstkontrahirens nach positivem Recht, und zwar im I. Abschnitt das Selbstkontrahiren der gesetzlichen Vertreter, negotiorum gestores, Generalbevollmächtigten und Dispositionsberechtigten kraft eigenen Rechts, im II. Abschnitt das Selbstkontrahiren der Spezialbevollmächtigten. Als Resultat seiner Detailuntersuchung des justinianeischen Rechts giebt er Folgendes an. Es sind zugelassen:

1. Selbstkontrahirte Solutionstraditionen vom Vertreter an den Vertretenen mit indirekter Liberationswirkung außer beim negotiorum gestor (zur Giltigkeit der Eigenthumsübertragung ist nur Vorliegen einer Solutionsabsicht erforderlich).

2. Solutionen des Vertreters an sich selbst, soweit es sich um Speziesschulden oder um generische Schulden, welche Fungibilien zum Gegenstand haben, handelt (Voraussetzung für die Giltigkeit der Solution ist, daß das geleistete Objekt wirklich geschuldet wurde).

3. Die Aufnahme eines Darlehns von Seiten des Vertreters unter der Voraussetzung, daß das Geschäft mit seinen näheren Bestimmungen dem Interesse des Vertretenen entspricht.

4. Endlich ein Naturalkauf des Vertreters in der von ihm Namens des Vertretenen abgehaltenen Auktion. (S. 206.)

Nach Erörterung der Novelle 72 und des heutigen gemeinen Rechts bezeichnet der Verfasser als die Grenze, bis zu der man auf der Basis des römischen Rechts mit der Anerkennung eines Selbstkontrahirens vorgehen könnte, folgende Bestimmung:

1. Das Selbstkontrahiren direkter Stellvertreter ist zuläßig, sofern a) der Selbstkontrahirungsakt kontrollirbar und als ein nach dem Willen des Selbstkontrahenten bindender Akt erkennbar ist, und sofern b) das Geschäft nachweisbar zur Zeit seines Abschlusses dem Interesse des Vertretenen oder der beiden Vertretenen entspricht.

2. Ausgeschlossen sind die abstrakte Obligirung eines Vertretenen, alle Auseinandersetzungsgeschäfte, wie Anerkennung, Vergleich, sowie Erb- und sonstige Vermögenstheilungen.

3. Giltig sind: die Uebertragung von Eigenthum und sonstigen dinglichen Rechten vom Vertreter an den Vertretenen, und abstrakte Obligirungen des Vertreters dem Vertretenen gegenüber, sofern der Uebertragungs- oder Obligirungsakt den Erfordernissen unter 1 a entspricht.

4. Giltig sind endlich, wenn den Erfordernissen unter 1 a Genüge gethan ist, alle vom negotiorum gestor vorgenommenen, und auf Ratihabition abgestellten Geschäfte mit Ausnahme der unter 2 genannten (S. 242).

Als Anhang stellt der Verfasser die Vorschriften des Entwurfs zum B.G.B. über das Selbstkontrahiren des Stellvertreters zusammen, und unterzieht sie einer eingehenden Kritik. Er schließt mit dem Wunsche, daß in Würdigung der von ihm vorgebrachten Bedenken die Kommission diese Rechtsmaterie noch einmal überarbeiten möge, und formulirt die Vorschläge, welche er zur Aufnahme in das Gesetzbuch geeignet hält.

Rassow.

34.

Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie. Von Dr. Viktor Mataja. XII und 204 S. Leipzig. 1888. Duncker u. Humblot. (M. 4,40.)

Bis zum Abschluß der Unfallversicherungsgesetze ist die Frage des Schadensersatzes der Angelpunkt unserer sozialpolitischen Gesetzgebung ge-

vesen; wie wenig aber der hier zum Durchbruch gelangte Gedanke für die Grundanschauungen der Juristen bestimmend geworden ist, hat erst der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs gezeigt. Noch immer vermag der Romanist die Sache nicht anders anzusehen, als daß die Reichsgesetzgebung ur unter besonderen Umständen um des lieben Friedens willen Ausnahmen on den an sich allein richtigen Grundsätzen des römischen Rechts gemacht abe, aus welchen allgemeine Folgerungen über das streng erwiesene Bedürfniß hinaus nicht zugelassen werden dürften. In dieser Lage ist es eine o dankenswerthe wie fruchtbare Aufgabe, in der Wirthschaftslehre den Wegweiser für die Rechtslehre zu suchen; nur kann die Lösung dieser Aufgabe nicht erwartet werden, wenn nicht vorab das juristische Problem mit ller Schärfe aufgestellt ist. Gerade daran aber fehlt es der vorliegenden Schrift durchaus. Von der ersten Seite der Einleitung an wirft der Verf. rei ganz verschiedene Verhältnisse durcheinander: 1. genossenschaftliche Schadensgemeinschaft bei gemeinschaftlichem Wirthschaftsbetrieb; 2. Ausleichung des Schadens in einem Kreise von selbständigen Wirthschaftsetrieben oder Personen, sei es genossenschaftlich, durch Umlagen, oder geschäftsmäßig, durch Versicherungsvertrag; 3. rechtliche Abwälzung des Schadens von demjenigen, den er betroffen hat, auf einen anderen, welcher dafür haftet. Nur in diesem Falle handelt es sich juristisch um die „Begründung des Anspruchs auf Schadensersatz," von welcher Verf. in der ersten größeren Abtheilung der Schrift handeln will, denn nur in diesem entspringt ein Anspruch auf Ersatz unmittelbar aus dem Erleiden des Schadens durch inen Vorgang, für den ein anderer rechtlich haftet. Im zweiten Falle entpringt der Anspruch auf Entschädigung erst aus dem genossenschaftlichen der Vertragsverhältnisse, welche den Zweck haben, durch Beiträge Vieler en Schaden zu vertheilen; im ersten Falle wird der Schaden als den Einzelnen betreffend gar nicht empfunden, und entsteht überhaupt ein besonderer Anspruch nicht. Für die Frage des eigentlichen Schadensersatzes, der rechtichen Abwälzung des Schadens ist es aber ganz gleichgültig, ob diese wischen Einzelnen oder zwischen Genossenschaftsverbänden oder zwischen inen und andern eintritt; und ebenso ist es für die Ausgleichung des Schadens gleichgültig, ob diejenigen, unter welchen sie eintritt, Einzelne der Genossenschaften, aber auch gleichgültig, ob sie den Schaden selbst erlitten oder für den von einem Anderen erlittenen Schaden rechtlich aufzukommen haben. — Die Grundsätze des römischen Rechts, welche der Verf. u prüfen unternimmt, beziehen sich ausschließlich auf den Schadensersatz m eigentlichen Sinne, und es muß die Beurtheilung verwirren, wenn der Verf. in seine Prüfung alsbald die Frage einwirft, ob es wirthschaftlich weckmäßig und gerecht sei, daß der Schade überhaupt auf dem Einzelnen asten bleibe, statt von einer Gesammtheit ausgleichend getragen zu werden. Einer solchen Ausgleichung steht ja das römische Recht keineswegs entgegen, aber sie kann doch nur zwischen denjenigen eintreten, von denen vorab feststeht, daß sie rechtlich für den Schaden aufzukommen haben. So gelangt er Verf. nur auf weiten und ermüdenden Umwegen zu dem richtigen Ziele, welches ihm ohnehin in der deutschen Sozialgesetzgebung vorgesteckt war; aber weder vermag er diesem Ergebnisse durch eine befriedigend scharfe

Fassung des den römischen Sätzen entgegenzustellenden neuen Grundsatzes etwas Eigenes hinzuzufügen, noch ist vollends seine Beweisführung geeignet, die Gegner einer neuen grundsätzlichen Lösung der Frage herüber zu ziehen. — Wenn die romanistische Lehre den Schaden nach den Begriffen des Zufalls und der Schuld vertheilt, so fallen diese in der That zusammen, indem einestheils der Zufall nur verneinend die Abwesenheit eines zu verantwortenden menschlichen Handelns oder Unterlassens anzeigt, die Schuld aber nur die Grenze bezeichnet, bis zu welcher das römische Recht eine Verantwortlichkeit anerkennt. Wenn nun aber Schuld ein Verhalten bedeutet, welches wegen seiner Absicht oder wegen eines Mangels an Aufmerksamkeit und Thatkraft einem sittlichen Vorwurf unterliegt, so folgt schon hieraus, daß die Grenze zwischen Zufall und Schuld nicht so unverrückbar sein kann, als der Romanist annimmt, weil die sittlichen Anforderungen stetiger Steigerung fähig sind. Aber der Maßstab der Schuld ist nicht der einzig mögliche. Das ältere Recht hielt sich freilich nicht, wie der Verf. S. 5 sagt, an „die Thatsache der Verletzung", es machte nur jedes menschliche Handeln verantwortlich, das als Ursache einer Schädigung erschien, während es für die Verantwortlichkeit der Unterlassung noch kein Auge hatte. Wenn nun Ihering in der Einführung und Durchbildung des römischen Schuldbegriffs einen nicht weiter zu übertreffenden Fortschritt sieht, so wird vielmehr die heutige Einsicht in die Bedingungen der menschlichen Wirthschaft die Frage aufwerfen dürfen und müssen, ob nicht diese römische Konstruktion ebensoweit hinter dem Ziele zurückgeblieben ist, wie die Roheit der älteren Auffassung darüber hinaus getroffen hatte. Wenn der Fall, daß ein Mensch von einem bespannten Wagen überfahren oder durch das Zerplatzen eines Dampfkessels getödtet worden ist, vorausgesetzt daß sich ein Verschulden bei Leitung des Gespanns und bei Einrichtung und Bedienung des Dampfkessels nicht nachweisen läßt, ganz so behandelt wird, als wäre Jemand vom Blitz oder Hagel erschlagen oder von einem in der Freiheit lebenden Thiere zerrissen, so wird dabei doch der wesentliche Umstand übersehen, daß es sich hier nur um Wirkungen der ungebundenen, durch keine menschliche Veranstaltung berührten Naturkraft, dort aber um Kräfte handelt, die nur in Folge einer menschlichen Veranstaltung sich an der Stelle befinden, an welcher sie den Schaden, wie er eingetreten ist, anrichten konnten, und daß diese Veranstaltung ein Mensch zu seinen wirthschaftlichen Zwecken getroffen hat. Hieraus allein schon den Satz abzuleiten, über dessen Fassung der Verf. nicht hinauskommt „wer den Nutzen aus der Unternehmung bezieht, habe auch die Gefahren zu tragen", ist aber voreilig, denn einerseits ist ja der Nutzen überall ungewiß, andererseits kann der Romanist immer noch fragen: „warum sollte, wer nur gethan hat, wozu er berechtigt war, für einen Schaden aufkommen, den er nicht gewollt und nicht hat verhindern können?" Es ist also weiter zu untersuchen, inwiefern eine Veranstaltung berechtigt sein kann, die zur Schädigung Anderer zu führen geeignet ist. Die erheiternde Wirkung des vom Verf. angezogenen Gerichtsspruches: „der Betrieb einer Eisenbahn durch Lokomotiven führt nothwendig und unzertrennlich eine kulpose Handlungsweise mit sich", liegt nur in der Ungeschicklichkeit des Haftens an dem romanistischen Motiv, unter welchem sich doch unbewußt und unentwickelt der gesunde

Gedanke verborgen findet, welcher zuletzt den Ausschlag giebt. Wer zu seinem Wirthschaftsbetriebe Naturkräfte verwendet, von deren Thätigkeit nach der Erfahrung gewisse schädigende Wirkungen nicht fern gehalten werden können, der muß einen nach eben dieser Erfahrung zu berechnenden Durchschnitt solcher Schäden von vornherein in seine Wirthschaftsrechnung aufnehmen. Dieser Durschnittsschade gehört nach richtiger wirthschaftlicher Ansicht von vornherein zu den natürlichen Produktionskosten, den „Beschaffungsschwierigkeiten", welche nach richtiger Ansicht den Werth des Erzeugnisses bestimmen und darum bei angemessener Verwerthung desselben ihren Ersatz finden müssen. Würde der Ertrag des Betriebes nicht ausreichen, um nach Deckung dieser wie aller anderen Unkosten noch einen Gewinn zu erzielen, so wäre eben das ganze Unternehmen unwirthschaftlich angelegt und in diesem Mangel an Voraussicht würde denn auch der Romanist seine „kulpose Handlungsweise" finden dürfen. Wenn aber der Betriebsertrag auch diesen Theil der Unkosten wirklich deckt, so würde ja der Unternehmer seinen Gewinn auf Kosten des Geschädigten steigern, also auch wohl nach romanistischem Verständnisse sich ungerechtfertigt bereichern, indem er auf jenen abwälzt, was er als Kosten seines Betriebes zu tragen hat. — Den Naturkräften ist aber auch der Mensch gleichzustellen, der für die Zwecke der Wirthschaft eines Andern in Dienst gestellt ist, denn einestheils zieht der Unternehmer von seiner Arbeit den Unternehmergewinn, andererseits befindet er sich an der Stelle, an welcher er den fraglichen Schaden zufügt, nur in Folge der Veranstaltung des Unternehmers, und endlich hat dieser, ebenso wie die Gefahren der Naturkräfte, auch die Gefahren in Rechnung zu stellen, welche der Betrieb durch die Unachtsamkeit der bei ihm verwendeten Menschen herbeiführen kann — das Eine ist von dem Andern auch in Wirklichkeit kaum zu trennen. Endlich muß die menschliche Wirthschaft, wenn sie überhaupt bestehen soll, die durch Menschen herbeigeführten Schäden tragen können, mithin auch das einzelne Unternehmen den erfahrungsmäßig auf seinen Umfang entfallenden Durchschnitt. — Dieser allgemeine Grundsatz der Haftpflicht trägt in sich auch keineswegs eine Beschränkung auf die im Betriebe beschäftigten Arbeiter. Er gilt für Jeden, der einen Schaden dadurch erleidet, daß er mit einem Betriebe ohne eigene Schuld in Berührung kommt. Es ist daher nicht abzusehen, warum er nicht als allgemeiner Grundsatz des bürgerlichen Rechts anerkannt werden sollte. — Erst nachdem in dieser Weise die Haftpflicht jedes Unternehmers klar festgestellt ist, reiht sich die weitere Frage an, ob es billig ist, dem einzelnen Unternehmer die ganze Last der thatsächlich in seinem Betriebe vorkommenden Unfälle aufzuerlegen, die in einem gegebenen Zeitraum jeden verständigerweise zu berechnenden Durchschnitt übersteigen und so für das einzelne Unternehmen unerschwinglich werden kann. Diese Erwägung hat die Gesetzgebung, um die allgemeine Haftpflicht auch nur für die Arbeiter durchführbar zu machen, dahin gedrängt, die Grenzen des Privatrechts zu überschreiten und mit dem Zwang des öffentlichen Rechts die genossenschaftliche Ausgleichung dieser Schäden zu erreichen. Nachdem dies aber einmal geschehen ist, müßte es um so unbedenklicher erscheinen, die Haftpflicht auch für die Schäden durchzuführen, welche andere Personen

als die im Betriebe beschäftigten Arbeiter durch diesen erleiden, wie es für den Eisenbahnbetrieb mit einer durch die Größe der Gefahr zu erklärenden, aber grundsätzlich nicht zu rechtfertigenden Ausnahme geschehen ist. — Die Frage der Alters- und Invaliditätsversicherung, welche der Verfasser zuletzt streift, liegt jedenfalls außerhalb des von ihm gesteckten Rahmens des Schadensersatzanspruchs und läßt sich auch ohne tieferes Eindringen in die gesellschaftlichen Bedingungen der heutigen Wirthschaft nicht erschöpfen. — In der zweiten Abtheilung der Schrift „die Bemessung des Schadensersatzes" verläuft die Untersuchung völlig unfruchtbar wegen der Unklarheit der wirthschaftlichen Voraussetzungen. Der Verfasser will den Begriff des Vermögens und damit des Ersatzes einer Vermögensbeschädigung auf den „Gebrauchswerth" gründen, kann sich aber zuletzt nicht verhehlen, daß die Subjektivität dieser vermeintlichen Werthbestimmung von dem „Affektionswerth" begrifflich nicht zu scheiden ist („Gebrauchswerth" ist überhaupt kein wirthschaftlicher Begriff, sondern ein Motiv für die nackte Thatsache des Bedarfs, die selbstverständliche Voraussetzung der wirthschaftlichen Produktion). So greift der Verfasser, um für „den praktischen Gesichtspunkt" einen Anhalt zu finden, nach dem „Tauschwerth" hinüber, der ihm aber in der thatsächlichen Erscheinung als Marktpreis mit Recht ebenso ungenügend für die Schadensabmessung erscheint. Wäre der Verfasser über diese Dialektik von Gebrauchs- und Tauschwerth hinaus zu dem wirklichen Begriff der Herstellungs- bzw. Wiederherstellungswerthes gelangt, so hätte er damit den Maßstab der Sachentschädigung ohne Weiteres in der Hand gehabt. Für den Ersatz von Schaden an Leib und Leben bedurfte es dann noch der weiteren Einsicht, daß das Vermögen nicht bloß in Werthen, sondern auch in wirthschaftenden Kräften besteht, für deren Zerstörung nur durch Ersatz ihres möglich gewesenen Ertrages Abhülfe geschehen kann.

Leipzig. Dr. Klöppel.

35.

Exkurse über österreichisches allgemeines Recht. Beilagen zum Kommentar von Dr. Leopold Pfaff u. Dr. Franz Hofmann, Professoren der Rechte an der Wiener Universität. Erster Band. 2., 3., 4. Heft. Wien, 1889. Manzsche k. k. Hof-, Verlags- und Universitäts-Buchhandlung. (M. 5,60.)

Die letzten Exkurse, welche vor den jetzt erschienenen uns zugegangen sind, haben wir im 28. Bande der Beiträge S. 753 angezeigt. Die vorliegenden enthalten einen ausführlichen Aufsatz über die zeitlichen Grenzen der Wirksamkeit der Privatrechtsnormen, welcher mehreren, zu verschiedenen Zeiten abgeschlossenen Arbeiten seine Entstehung verdankt. Eine Karakteristik des sehr reichen und interessanten Inhalts hier zu geben, erlaubt der Mangel an Raum nicht. Es folgen dann mehrere kürzere Abhandlungen, welche sich auf die §§ 8, 10, 11, 13 des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches beziehen. Rassow.

36.

Advokatur und Anwaltschaft. Ihr Wesen, ihre Ziele und ihr Verhältniß zu den nationalen Grundlagen des Civilprozesses. Von F. Prischl, Advokat. Berlin 1888. Puttkammer und Mühlbrecht. 496 S. (M. 6,—.)

Eine wohlmeinende und verständige, nur zu sehr ins Breite getriebene Ausführung über die gänzliche Verschiedenheit der Prokuratur als Gewerbe und Advokatur als wissenschaftlichen Berufs, welche im Bruch mit der geschichtlichen Entwickelung und im Gegensatze zu dem noch lebendigen Beispiele der westlichen Kulturvölker in der deutschen Rechtsanwaltschaft wie in der Heimath des Verfassers (Oesterreich) zusammengeschmolzen sind. Die Gewöhnung hat in diesen Dingen eine so unwiderstehliche Gewalt, daß der Verfasser so wenig in wie außer dem Kreise der Anwaltschaft bei uns Verständniß für seine Ideale und Wünsche finden dürfte. Und doch wird über diese Frage das letzte Wort nicht gesprochen sein, so lange nicht nach ausreichender Erfahrung der Rechnungsabschluß gezogen sein wird, ob die Anwaltschaft in ihrer jetzigen Verfassung die von der Civilprozeßordnung ihr gestellte Aufgabe zu erfüllen im Stande ist.

Leipzig. Dr. Klöppel.

37.

Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Von Dr. Justus Olshausen, Kammergerichtsrath. Dritte umgearbeitete Auflage. Erste bis vierte Lieferung. Berlin, 1889. Verlag von Franz Vahlen. (M. 13,50.)

Nachdem die zweite Auflage des Olshausen'schen Kommentars, welche wir Bd. 30 S. 764 dieser Beiträge angezeigt haben, im Jahre 1886 vollendet worden ist, hat sich schon jetzt das Bedürfniß, eine dritte Auflage erscheinen zu lassen, herausgestellt. Darin liegt der sicherste Beweis, sofern es desselben noch bedurfte, für die herrschende Stellung, welche das Werk in der Doktrin und Praxis einnimmt. Die Ankündigung der Verlagshandlung sagt, daß der größte Theil des Manuskripts für die neue Auflage druckfertig vorliegt, und daß mithin ein rasches Erscheinen des ganzen Werkes zugesichert werden kann. Daß in demselben die Literatur und die Rechtsprechung des Reichsgerichts in ausgiebigster Weise berücksichtigt wird, braucht nicht besonders betont zu werden. Der Abschnitt des Gesetzes, welcher von den Uebertretungen handelt, soll einer durchgreifenden Neubearbeitung unterzogen werden. Die vierte Lieferung reicht bis § 177 St.G.B. Wir behalten uns vor, auf das Werk, nachdem es vollständig erschienen ist, näher einzugehen. Rassow.

38.

Handbuch der Strafvollstreckung und Gefängnißverwaltung in Preußen. Herausgegeben von A. Dalcke, Oberstaatsanwalt und G. Genzmer, Staatsanwalt. — Zweite verbesserte und stark vermehrte Auflage, bearbeitet von A. Dalcke, Oberstaatsanwalt in Königsberg. — Berlin, 1889. Verlag von H. W. Müller. (M. 6,50.)

Das Handbuch hat den Zweck, den mit der Strafvollstreckung und der Gefängnißverwaltnng in Preußen betrauten Richtern und Staatsanwalten eine vollständige Sammlung und übersichtliche Darstellung aller das Gefängnißwesen und die Strafvollstreckung betreffenden Anordnungen zu geben. Es hat diesen Zweck, seit es im Jahre 1881 zum ersten Male erschien, völlig erfüllt und sich als ein zuverlässiger Führer bewährt. Die jetzt erschienene zweite Auflage kündigt sich mit Recht als eine verbesserte und stark vermehrte an. Die Verbesserung besteht darin, daß umfänglichere Abschnitte in dem die Gefängnißverwaltung behandelnden Theile in besonderen Kapiteln ausgesondert sind, so daß die Uebersicht erleichtert ist. Die starke Vermehrung ergab sich aus der sorgfältigen in der Form von Anmerkungen unter dem Text erfolgten Einschaltung der zahlreichen — gedruckten und ungedruckten — in der Zwischenzeit erlassenen Anordnungen. Von diesen sind die erheblicheren ihrem Wortlaute nach, die minder bedeutenden inhaltlich unter Verweisung auf die Stellen aufgenommen, an welchen sie sich bei „Müller: Die Preuß. Justizverwaltung“ befinden.

Ein Anhang, enthaltend die Formulare zu den bei der Gefängnißverwaltung zu führenden Büchern und Registern, und ein alphabetisches Sachregister vervollständigen den Inhalt und erleichtern den Gebrauch. Tr.

Abhandlungen.

13.

Die Interessen der gegen Feuersgefahr Versicherten bei einer Neuordnung des Versicherungsprivatrechts.

Von Herrn Landgerichtsrath Kreis in Bromberg.

Die privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Versicherten und den Versicherungsanstalten werden zur Zeit wesentlich durch die allgemeinen Bedingungen und Statuten der Anstalten beherrscht. Die Anstalten sind Vertragsparteien und Gesetzgeber in einer Person. Es ist naturgemäß, daß ihre Interessen eine vorzugsweise Berücksichtigung gefunden haben; bei den Anstalten, welche aus der Versicherung ein Erwerbsgeschäft machen, ist es in einer Weise geschehen, daß das formelle Recht von den Versicherten in ausgedehntem Umfange als Verletzung der natürlichen Billigkeit empfunden wird. Die Kommission, welche gemäß dem Bundesrathsbeschluß vom 22. Juli 1874 nach beendeter erster Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches zur Aufstellung eines neuen Handelsgesetzbuches schreiten und in diesem auch das Versicherungsprivatrecht bearbeiten soll, muß Wandel schaffen, es ist ihre Aufgabe, für eine neue Regelung der Dinge zu sorgen, bei der auf die Interessen der Versicherten nicht minder wie auf die der Anstalten gesehen wird.

Die Benachtheiligung der Versicherten ist dadurch entstanden, daß die Versicherungsanstalten die Vertragsfreiheit benützt haben, um die Versicherungsnehmer zur Unterwerfung unter die Bedingungen der Anstalten zu bringen. Soll die Benachtheiligung aufhören, so ist es nothwendig, die Vertragsfreiheit zum Theil zu beseitigen und ihr dort, wo sie erfahrungsmäßig gemißbraucht worden ist, bestimmte Schranken zu setzen. Der Gedanke, daß die Betheiligten durch freie Vereinbarung für ihre Angelegenheiten am besten sorgen, hat nur dann Platz, wenn die Kontrahenten gleich stark und gleich einsichtig sich gegenüber stehen. Bei dem Versicherungsgeschäft ist dies nicht

der Fall. Die fortgesetzt das Versicherungsgeschäft betreibenden Anstalten erlangen die genauste Kenntniß aller Fragen, die zu Zweifeln Veranlassung bieten können und deren Regelung im Interesse der einen oder andern Vertragspartei liegt, der großen Mehrheit der Versicherungsnehmer fehlt jede Erfahrung in dem Versicherungsgeschäft. Die Konkurrenz, welche sonst den Versicherungsnehmern zu Hülfe kommen könnte, ist durch Koalitionen der Anstalten unterbunden, der Versicherungslustige findet bei den Hauptgruppen der Anstalten die gleichen Bedingungen vor, von denen die Anstalten grundsätzlich nicht abgehen und denen er sich fügen muß, wenn er überhaupt versichert sein will, er als Einzelner vermag den vereinigten Anstalten gegenüber nichts. Wenn dem Versicherten geholfen werden soll, muß der Gesetzgeber für ihn einschreiten. Die folgenden Zeilen sollen auf die Punkte eingehen, bei denen es besonders nothwendig erscheint.

§ 1.

Die Statuten der Versicherungsanstalten stellen die Versicherungsagenten durchweg nur als Vermittler zwischen der Anstalt und dem Publikum hin, deren Maßnahmen die Anstalt nur ausnahmsweise zu vertreten hat, insoweit die Versicherten von ihr besonders an den Agenten verwiesen werden. Die Rechtsprechung erkennt diese Auffassung im Großen und Ganzen als mit dem Agentenbegriff vereinbar an und, da ausdrückliche Verweisungen der Versicherten an den Agenten nur in seltenen Fällen stattfinden, so ist die Folge, daß in der Regel Vereinbarungen des Versicherten mit dem Agenten, Mittheilungen an den letzteren, Kenntniß desselben von dem Zustand der versicherten Gegenstände u. s. w. die Versicherungsanstalt nicht verpflichten.

Ganz im Gegensatz zu ihrer rechtlichen Stellung steht das thatsächliche Auftreten der Agenten. In Wirklichkeit ist der Agent nicht ein Vermittler zwischen der Anstalt und dem Versicherten, sondern ein Organ der Anstalt, und zwar dasjenige Organ, mit dem die große Mehrzahl der Versicherten allein in Berührung zu kommen pflegt. Bei ihm werden die Versicherungsanträge angebracht, mit ihm die Einzelheiten der Versicherung besprochen, er händigt die Versicherungsurkunden aus und nimmt die Prämienzahlungen entgegen, ihm werden die Veränderungsanzeigen während der Dauer der Versicherung erstattet und er schreitet bei entstehendem Brandschaden für die Versicherungsanstalt ein.

Das große Publikum, welches nicht ausführliche Statuten und allgemeine Bedingungen zu studiren vermag, hält sich an die thatsächlichen Verhältnisse und dies um so mehr, als die Agenten nicht darüber zu belehren pflegen, daß ihre Zusicherungen und Vereinbarungen der rechtlichen Bedeutung entbehren. Bei dem Widerspruch zwischen der thatsächlichen und rechtlichen Lage muß es fortgesetzt erfahren, daß die von ihm getroffene Fürsorge nicht genügt, daß es einen Anspruch nicht hat, weil der Agent, der für die Anstalt auftrat, zu deren Vertretung nicht berechtigt war. Wenn die Interessen des Publikums gewahrt werden sollen, müssen die Anstalten genöthigt werden, sofern sie sich Agenten bedienen, denselben eine dem thatsächlichen Auftreten entsprechende Vertretungsbefugniß beizulegen, es muß nach Analogie der Prokura und ähnlicher Verhältnisse eine gesetzliche Vollmacht für die Agenten festgestellt werden, welche einer Beschränkung seitens der Anstalten nicht unterliegt. Das Recht der Agenten, Versicherungsverträge abzuschließen, Anzeigen entgegen zu nehmen und bei dem Brande und der Schadensberechnung Anweisungen zu ertheilen, wäre klar zu stellen. Ueberwiegende entgegenstehende Interessen der Anstalten sind nicht anzuerkennen, obwohl es klar ist, daß die Versicherungsanstalten durch leichtsinnige und böswillige Agenten Schaden erleiden können, denn es ist billig, daß, wer Hülfskräfte gebraucht und die Auswahl derselben hat, auch die mit dem Gebrauch verbundenen Gefahren trägt, und je sorgfältiger die Anstalten verfahren, desto besser wird es für die allgemeine Sicherheit sein, da gerade leichtsinnige Agenten es in zahlreichen Fällen sind, die im Provisionsinteresse zu Brandstiftung verlockende Ueberversicherungen begünstigen.

§ 2.

Das Versicherungsgeschäft muß, wenn die Interessen der Versicherten gewahrt werden sollen, regelmäßig von der Schriftform befreit sein. Das Versicherungsgeschäft umfaßt in jedem Fall eine solche Menge von Einzelheiten, die zu berücksichtigen und zu erörtern sind, daß es auch dem geschäftserfahrenen Versicherungslustigen kaum möglich ist, alle besprochenen und beredeten Punkte in der Versicherungsurkunde zu fixiren, die große Mehrzahl der Versicherungslustigen besteht aber aus unerfahrenen Leuten, welche es überhaupt nicht wissen, daß für alle Festsetzungen Schriftlichkeit wesentlich ist, und die stets zufrieden sein werden, wenn sie die einschlagenden Punkte

mündlich geregelt haben. Es tritt hinzu, daß die geforderte Vertretungsbefugniß der Agenten praktisch nur zur Geltung gelangen kann, wenn mündliche Vereinbarungen bindend sind und die Anstalt das Vertretungsrecht der Agenten nicht dadurch hinfällig zu machen vermag, daß sie die Vollziehung der Versicherungsurkunden ihren leitenden Stellen vorbehält. Zur grundsätzlichen Befreiung des Versicherungsgeschäftes von der Schriftform würde es nicht genügen, die noch gegenwärtig partikularrechtlich für die Gegenseitigkeits-Versicherung bestehenden Schriftvorschriften fallen zu lassen. Die allgemeinen Bedingungen und Statuten der öffentlichen und privaten Versicherungsanstalten sehen durchgängig vor, daß die Anstalt nur nach Maßgabe der schriftlichen Urkunde haftet, und daß Veränderungen in der Haftpflicht von der Anstalt schriftlich anerkannt werden müssen, wenn Veränderungen in der Gefahr eintreten und der Anstalt angezeigt werden. Trotz der Beseitigung des gesetzlichen Schrifterfordernisses würde daher die Schriftform nach wie vor das Versicherungsgeschäft beherrschen und zwar in der besonders unbilligen Weise, daß die Anstalten sich allein auf die Schriftform zurückziehen dürfen, während der Versicherte überall an mündliche Erklärungen gebunden ist. Um die Befreiung thatsächlich herbeizuführen, ist es nothwendig, auch sich gegen die vertragsmäßige Festsetzung derselben zu wenden. Es soll nicht gefordert werden, die Festsetzung auszuschließen, wo sie von beiden Parteien in überlegter Weise gewollt ist; es genügt, wenn die Festsetzung in Statuten und allgemeinen Bedingungen, die Festsetzung in formularmäßiger, den Versicherungsnehmern gemeinhin nicht genügend zum Bewußtsein gelangender Weise ausgeschlossen wird, dies muß aber im Interesse der Versicherten geschehen.

§ 3.

Die Versicherungsverträge geben durchweg den Eigenthümer der versicherten Sachen und den Lagerort der versicherten Gegenstände an, wobei regelmäßig für den Versicherten Verlust des Entschädigungsanspruchs eintritt, wenn und insoweit die betreffenden Angaben nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen. Es führt dies in verschiedenen Hinsichten zu ungerechtfertigten Härten für die Versicherten. Das Zusammenleben der Familienmitglieder in einem Hausstand läßt die gesonderten Eigenthumsrechte der einzelnen Familienglieder nicht zur scharfen Vorstellung gelangen, das ganze Familienvermögen erscheint als eine einheitliche Masse, die dem Familien-

haupt gehört. Es hat dies im Gefolge, daß bei Mobiliarversicherungen, welche ein Familienhaupt nimmt, fast nie Erwähnung geschieht, daß auch die entsprechenden Sachen seiner Familienangehörigen versichert sein sollen. Da thatsächlich das Familienhaupt aber fast stets die Versicherung der entsprechenden Vermögensstücke seiner Frau und Kinder bei der Gattungsversicherung will und für die Versicherungsanstalt es an jedem Grunde fehlt, dem Willen entgegenzutreten, ist es unbillig, wenn bei eintretendem Schaden gegen den Versicherten die Worte des Vertrages zur Anwendung gebracht werden und er Entschädigung nur für diejenigen Stücke empfängt, die im strengen Sinne Rechtens sein Eigenthum sind. Es ist weiter sicher gerechtfertigt, daß der, welcher eine Sache als sein Eigenthum versichert und für die Versicherung die volle Eigenthumsprämie gezahlt hat, wenn er in Wirklichkeit nicht das Eigenthum, sondern nur ein geringeres Recht an der versicherten Sache besitzt, im Brandfall Entschädigung für den Verlust des geringeren Rechtes erhält; die Person des rechtlichen Eigenthümers ist den Besitzverhältnissen gegenüber durchgängig von so geringem Einfluß für die Feuersgefahr, daß Rücksichten auf die Informirung der Anstalt über das übernommene Risiko nicht hindern sollten, den naturgemäßen Satz zur Anwendung zu bringen, daß, wer für eine größere Leistung, die er nicht empfangen kann, die Gegenleistung gemacht hat, wenigstens die geringere Leistung erhält, die er empfangen darf. Es ist nicht minder vernunftgemäß, daß der Eigenthümer durch die Versicherung an dem gewöhnlichen Gebrauch und an den gewöhnlichen Verfügungen über die versicherten Sachen nicht gehindert wird, daß Veränderungen in dem Lagerort der versicherten Sachen, welche im gewöhnlichen Lauf der Wirthschaft erfolgen und keine wesentliche Veränderung der Gefahr herbeiführen, ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Versicherung sind. Bei der maßgebenden Bedeutung des Lagerortes für die Versicherungsverträge sind sie es aber in den zahlreichen Fällen nicht, in denen der Versicherte bei Abschluß des Vertrages an die naturgemäßen Bewegungen der versicherten Sachen nicht gedacht und als Lagerort der versicherten Sachen, wie es sehr häufig geschieht, nur die Stellen angegeben hat, wo sich die versicherten Gegenstände hauptsächlich befinden. Soll in diesen Fällen dem Versicherten geholfen werden, so sind positive Vorschriften nothwendig, welche sich den gegen den Wortlaut der Verträge wenden und denselben ergänzend dafür Sorge tragen, daß der wahre Wille der Betheiligten zur Geltung kommt,

wenn er auch nicht den gehörigen Ausdruck gefunden hat. Die Vorschriften würden dahin zu gehen haben:

1. Bei Versicherungen, welche das Haupt einer Familie nimmt, sind unter dem Eigenthum des Versicherten auch die Sachen der in seinem Hausstand lebenden Familienglieder mit inbegriffen.
2. Bei Versicherungen eines weitergehenden Interesses als der Versicherte zu versichern befugt war, gilt die Versicherung in Ansehung des minderen Interesses, welches der Versicherte versichern durfte.
3. Bei Angabe des Lagerortes entscheidet das Gehöft, so daß Abweichungen in den Grenzen desselben ohne Bedeutung sind.

Die Vorschriften, von denen die letztere sich bereits jetzt in den allgemeinen Bedingungen der öffentlichen Versicherungsverbände für die Versicherung beweglicher Sachen befindet, dürften durch formularmäßige Klauseln nicht außer Kraft zu setzen sein.

§ 4.

Nach mehrfachen Richtungen ist ein Einschreiten der Gesetzgebung bei den Bestimmungen erforderlich, durch welche die Versicherungsanstalten den Umfang der von ihnen übernommenen Gefahr begrenzen.

a) Die Versicherungsanstalten schließen den Entschädigungsanspruch zum Theil nicht bloß dann aus, wenn der Versicherte den Brand absichtlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat, sondern bereits dann, wenn dem Versicherten überhaupt ein Versehen bei dem Brande zur Last fällt; einzelne gehen im Anschluß an die Bestimmungen des allgemeinen Landrechts noch weiter und machen den Versicherten auch für die Handlungen seines Ehegatten, seiner Kinder, Enkel und Mitbesitzer verantwortlich, gestatten überhaupt der Anstalt in allen Fällen ein Rückgriffsrecht, in denen der Versicherte nach Landesgesetzen für ein fremdes Versehen aufzukommen hat. Die letzteren Beschränkungen gefährden ohne gerechtfertigten Grund den wirthschaftlichen Zweck der Versicherung in hohem Maße für den Versicherten. So richtig es ist, daß die Versicherung nicht dazu führen darf, im Umgang mit Feuer leichtsinnig zu machen, so giebt diese Erwägung doch nur geeigneten Grund, um die Haftung der Anstalt bei groben Versehen des Versicherten auszuschließen, nicht auch bei mäßigen, denn mäßige Versehen sind im Leben nicht zu vermeiden, auch die Aussicht auf den Verlust des Versicherungsanspruches ist nicht geeignet, die Versicherten beständig bei voller

Aufmerksamkeit zu erhalten. Wenn weiter der Versicherte für das Thun seiner Familienglieder und Hausgenossen verantwortlich gemacht wird, so kann dies nur auf dem Gedanken beruhen, daß, was diese gethan, regelmäßig von dem Versicherten gewollt ist, daß aber die betreffenden Vorgänge sich in den Grenzen des Hauses halten, und daß deshalb ebenso regelmäßig die Anstalt nicht im Stande ist, dem Versicherten den erforderlichen Beweis zu führen. Die thatsächlichen Voraussetzungen dieses Gedankens sind jedoch keine richtigen. Erfahrungsmäßig werden zahlreiche Brände von Kindern oder anderen Hausgenossen der Versicherten verursacht, wo diese vollständig frei vom Verschulden sind, wo es oft grade darauf abgesehen war, ihnen Schaden und keinen Vortheil zuzufügen. Und wo die Umstände des einzelnen Falls darauf hinweisen, daß der Versicherte nicht schuldlos ist, sind bei den gegenwärtigen Beweisregeln bindende Präsumptionen nicht nothwendig, die freie Beweiswürdigung des geltenden Civilprozesses giebt genügende Sicherheit dafür, daß auch ohne solche der wirkliche Schuldige sich nicht auf Kosten der Versicherungsanstalt zu bereichern vermag. Wie die Aktiengesellschaften sich damit begnügen, einen Anspruch des Versicherten bei bösem Willen oder grobem Versehen abzulehnen, werden auch die übrigen Anstalten nicht weiter gehen dürfen.

b) Die privaten Versicherungsanstalten übernehmen — im Gegensatz zu den öffentlichen Versicherungsverbänden — an sich die Tragung der Gefahr nur unter der Voraussetzung, daß die bestimmenden Umstände für die Anstalt keine nachtheiligeren werden, und verpflichten sich bei erhöhter Gefahr, von Nachtragsvereinbarungen abgesehen, zum Schadensersatze nur, wenn die Gefahrerhöhung eine vollständig unwesentliche ist oder unabhängig von dem Willen des Versicherten eintrat und von demselben alsbald nach erlangter Kenntniß der Anstalt angezeigt wurde. Sowohl das Prinzip, nach welchem die Gefahrübernahme von vornherein, wie das Prinzip, nach welchem die Uebernahme erhöhter Gefahr geregelt ist, verstößt gegen die den Versicherten gebührende Gerechtigkeit. Der Standpunkt, daß die Prämien sich nach der Gefahr richten, und daß die Versicherungsanstalten deshalb keine Gefahr tragen können, welche bei der Prämienbestimmung nicht in Berücksichtigung gezogen worden ist, mag ein Grund sein, den natürlichen Satz auszuschließen, daß die Anstalt, die den Vortheil von Gefahrverminderungen genießt, auch die Nachtheile zufälliger Gefahrerhöhungen tragen muß, er kann es aber nicht rechtfertigen,

daß die Versicherungsanstalt bei eintretenden, die Gefahr erhöhenden Veränderungen auch von der Tragung derjenigen Gefahrsmomente frei wird, welche bereits bei Abschluß des Versicherungsvertrages bestanden haben, und für deren Tragung die Anstalt fortdauernd die Prämien erhebt. Erlangt weiter die Versicherungsanstalt von irgend welcher Seite Kenntniß von eingetretener Gefahrerhöhung und geht sie von dem Versicherungsvertrage nicht ab, so beweist dies — Treu und Glauben vorausgesetzt — nicht minder, daß die Veränderungen für die Anstalt von keiner Bedeutung sind, als wenn ihr dieselben von dem Versicherten selbst angezeigt worden sind, denn eine gewisse Aufmerksamkeit kann billiger Weise auch von den Anstalten verlangt und deshalb von ihnen erwartet werden, daß sie die Bedeutung von Veränderungen nicht bloß dann in Betracht ziehen, wenn sie auf dieselben von den Versicherten hingewiesen werden. Die Wahrung der Interessen der Versicherten erfordert als das Mindeste, daß bei eingetretener Gefahrerhöhung, so lange der Versicherungsvertrag nicht aufgelöst ist, die Anstalt unter allen Umständen den Schaden zu tragen hat, wenn derselbe erweislich auch ohne die Gefahrerhöhung eingetreten sein würde, und daß jede irgendwie erlangte Kenntniß die Anstalt verpflichtet, wenn sie den Vertrag nicht auflöst, auch die erhöhte Gefahr zu tragen. Zu erwägen bliebe, ob bei zufälligen Veränderungen dem Wissen der Anstalt nicht das Wissenmüssen gleich zu stellen wäre, und ob unter den zufälligen Veränderungen nicht auch diejenigen, von dem Versicherten selbst vorgenommenen Veränderungen Platz zu finden hätten, bezüglich deren der Versicherte ohne Fahrlässigkeit die Gefahrerhöhung nicht erkannte.

c) Die Versicherungsanstalten beschränken fernerhin ihre Ersatzpflicht für Schäden, für welche sie an sich aufzukommen haben würden, in dem Fall, daß solche Schäden durch allgemeine Landeskalamitäten hervorgerufen werden und deshalb gleichzeitig in Menge aufzutreten pflegen, wobei sehr erhebliche Verschiedenheiten in dem Umfang der Beschränkung zwischen den einzelnen Anstalten obwalten, ohne daß bei der üblichen Formulirung der Versicherungsverträge durch Bezugnahme auf ausgedehnte Statuten und allgemeine Versicherungsbedingungen den Versicherten die Beschränkungen und die Verschiedenartigkeit derselben bei den einzelnen Anstalten zum genügenden Bewußtsein gelangt. Die Frage, ob bezw. inwieweit diese Beschränkungen zu beseitigen sind, ist so vorwiegend wirthschaft-

licher Natur, daß die Beseitigung außerhalb der Ziele eines Handelsgesetzbuches liegen wird. Dagegen fällt unter dieselben die Fürsorge, daß der Abschluß der Verträge eine Gestaltung erhält, welche dafür gewährleistet, daß der Versicherungsnehmer wenigstens weiß, daß und in welchem Umfang sein Vertrag hinter dem naturgemäßen Inhalte eines Versicherungsvertrages zurückbleibt. Wenn der Gesetzgeber Normalbestimmungen über die Gefahren aufstellte, welche bei Krieg, Aufruhr, Erdbeben u. dergl. an sich von dem Versicherer zu tragen sind, und beifügte, daß Versicherungen, die hinter dem Normalinhalt zurückbleiben, sich in augenfälliger Weise als eingeschränkte Versicherungen zu bezeichnen hätten, so dürfte dies dazu beitragen, daß die Versicherten wenigstens erkennen, wieweit sie bei den einzelnen Anstalten Versicherung finden.

§ 5.

Eine durchgreifende Abänderung ist für die Bestimmungen nothwendig, welche die Pflichten der Betheiligten bei dem Vertragsschluß und die Folgen regeln, die eine Vernachlässigung dieser Pflichten nach sich zieht.

Die Versicherungsanstalten stehen übereinstimmend auf dem Standpunkte, daß der Versicherungsnehmer das ganze für den Vertragsschluß in Betracht kommende Material zu beschaffen hat, nach Anleitung ausführlicher Fragebogen hat er über alle Punkte Auskunft zu geben, die für die Anstalt bei einer Versicherung der einschlagenden Art möglicher Weise von Bedeutung sein können, die Anstalt selbst braucht keinerlei Bemühungen aufwenden, um sich über das zu unterrichten, was sie bei dem Vertragsabschluß wissen will. Die Versicherungsanstalten, mit Ausnahme der öffentlichen Versicherungsanstalten bezüglich der Immobiliarversicherung, welche die Verwirkung nur bei dem Verschweigen von Doppelversicherungen kennen, bedrohen dabei die unrichtige Beantwortung jeder einzelnen Frage mit Verlust des Entschädigungsanspruches bei fortdauernder Prämienverpflichtung ohne Rücksicht darauf, ob die Frage für den konkreten Abschluß von Bedeutung war, und ob die Organe der Anstalt den wahren Sachverhalt kannten oder bei gehöriger Aufmerksamkeit kennen mußten.

Den Versicherungsnehmern die Informationsbeschaffung allein aufzubürden, würde sich nur dann rechtfertigen, wenn die Anstalten durchweg das nöthige Material selbst sich ohne erhebliche Schwierig-

keiten nicht beschaffen könnten. In zahlreichen Fällen sind die Agenten der Anstalten aber ebenso gut in der Lage, die nöthigen Feststellungen zu machen, wie der Versicherungsnehmer und in vielen Fällen sogar erheblich besser, weil sie vermöge größerer Erfahrung die Bedeutung der einzelnen Fragen richtiger zu würdigen im Stande sind. Die Verwirkungsandrohungen können weiter nur bezwecken, den Anstalten die Sicherheit zu geben, daß sie ihre Entschließungen auf Grund zuverlässigen Materials zu treffen vermögen, bei diesem Zweck ist aber nicht abzusehen, warum die Verwirkungsandrohungen auch in denjenigen Fällen gegeben werden, in denen die Anstalt anderweite zuverlässige Kenntniß der maßgebenden Umstände besitzt, und warum die Verwirkungsandrohungen ohne Unterschied Platz greifen, ob die betreffende, nicht nach dem konkreten Fall, sondern formularmäßig gestellte Frage für den Vertragsschluß von Bedeutung gewesen ist. Wenn man weiterhin erwägt, daß die Fragen der Versicherungsanstalten sehr ausgedehnter Natur zu sein pflegen und mannigfache Punkte betreffen, bei deren Beantwortung leicht eine Unrichtigkeit und ein Versehen unterläuft, und daß die Verwirkungsandrohungen bei unrichtigen Antworten an sich bereits eine erhebliche Härte für die Versicherungsnehmer in sich schließen, wird man es gerechtfertigt finden, daß den Versicherungsnehmern, soweit ihnen entgegen gekommen werden kann, auch entgegen gekommen werden muß, daß die gegenwärtig geltenden Bestimmungen durch die Sätze zu ändern sind:

a) Unrichtige Antworten schaden nicht, wenn die unrichtige Antwort einen nach Lage des Falls unerheblichen Punkt betraf oder die Versicherungsanstalt den wahren Sachverhalt anderweit gekannt oder nachträglich erfahren hat, ohne von dem Versicherungsvertrage alsbald abzugehen.

b) Nicht beabsichtigte unrichtige Antworten schaden auch dann nicht, wenn die Versicherungsanstalt bei der erforderlichen Aufmerksamkeit über den wahren Sachverhalt unterrichtet sein mußte.

§ 6.

Die Versicherungsanstalten verpflichten sich durchgängig zum Schadensersatz nur auf Grund einer Versicherungssumme, so daß der Versicherte bei vollem Schaden nur die Versicherungssumme und bei theilweisem Schaden nur Ersatz in dem Verhältniß erhält, in dem die Versicherungssumme zu dem Werthe der versicherten

Gegenstände steht. Die meisten Anstalten wenden sich dabei ausdrücklich dagegen, daß in der Versicherung bestimmter Werthe ein Anerkenntniß zu finden sei, daß der Versicherte die entsprechenden Werthe in seinem Vermögen habe.

Auch hier waltet eine erhebliche Benachtheiligung der Interessen der Versicherten ob. Die Versicherungssumme in genauer Uebereinstimmung mit dem Werthe zu erhalten, welcher bei eintretendem Schaden von den berufenen Schätzern für den wahren Werth der versicherten Sachen erachtet werden wird, geht über menschliches Können hinaus, der Versicherte hat bei der gegenwärtigen Gestaltung der Dinge nur die Wahl, entweder fortdauernd zu hohe Prämien zu zahlen und sich den Verdächtigungen Preis zu geben, welche mit einer Ueberversicherung verbunden sind, oder auf einen Theil des Schadensersatzes im Brandfalle zu verzichten. Die Aufbürdung des vollen Beweises aber bezüglich Daseins und Werths ohne Anhalt an der Versicherungssumme giebt bei der Schwierigkeit, diesen Beweis nach eingetretenem Schaden zu führen, den Versicherten fast ganz in die Hand der Anstalt, von deren Kulanz es abhängt, wieweit sie ihre günstige Lage zur Bedrückung des Versicherten ausnützen will. Die Interessen der Versicherten verlangen es, daß die Anstalten in den Grenzen der Versicherungssumme für jeden Schaden zu haften haben, und daß die Versicherungsanstalten den Beweis zu führen haben, wenn sie nachträglich Werthe leugnen, die sie als vorhanden versichert und für deren Versicherung sie fortdauernd Prämien erhalten haben. Da die Versicherungsanstalten sich durch entsprechende Bemessung ihrer Prämien und durch eine sorgfältige, durchaus im öffentlichen Interesse liegende Kontrolle der versicherten Sachen zu schützen vermögen, ist es geboten, den Interessen der Versicherten gerecht zu werden.

§ 7.

Im Gegensatz zu den öffentlichen Versicherungsverbänden, welche mit dem Abschluß des Versicherungsvertrages auch die Gefahr übernehmen und dieselbe solange ununterbrochen tragen, als der Versicherungsvertrag fortdauert, bedingen die privaten Versicherungsanstalten die Uebernahme der Gefahr mehr oder minder durch die Zahlung der Prämie. Die Gothaer Feuerversicherungsbank läßt bei Fortdauer des Prämienanspruches die Entschädigungspflicht ruhen, wenn von dem Versicherten auf Aufforderung die Prämie nicht

entrichtet wird. Die Aktiengesellschaften stehen bei meh
Versicherungen für die spätere Zeit auf demselben Standp
Versicherungen für kürzere Dauer und für das erste Ja
jähriger Versicherungen machen sie die Prämienzahlung
zur Vorbedingung der Gefahrtragung.

Man wird von den privaten Anstalten nicht verlange
daß sie die Uebernahme der Gefahr von der pünktlichen
zahlung vollständig loslösen, aber zu weit geht es, wenn d
gesellschaften regelmäßig die Nichtentrichtung der Prämie
sicherten auch dann zum Nachtheil gereichen lassen, wen
Zahlung der Prämie noch keine Gelegenheit gehabt hat
der Prämienzahlung nicht im Verzuge gewesen ist. Ebens
zu weit, wenn den privaten Anstalten gestattet ist, bei ein
Zahlungsverzuge des Versicherten das Verhältniß andauer
Schwebe zu halten und fortdauernd Prämien beanspruchen z
während sie für die betreffenden Zeiten die Gefahr nicht tr
keinen Ersatz leisten, wenn der Versicherte von Schaden
wird. Es sind dies Unbilligkeiten, welche das Gesetz
muß, während es im übrigen dabei bewenden kann, daß
sicherungsanstalten die Gefahr nur bei pünktlicher Prämi
übernehmen. Die Beseitigung wird erreicht werden, w
Gesetz vorschreibt, daß bei bestehendem Versicherungsver
Tragung der Gefahr wegen Nichtentrichtung der Prämie
gelehnt werden darf, wenn der Versicherte mit der Prämi
im Verzuge ist, und daß bei eintretendem Verzuge die
angemessener Frist sich darüber erklären muß, ob sie von
sicherungsvertrage abgeht, widrigenfalls sie trotz Nichtentric
Prämie die Gefahr zu tragen hat. Geht die Anstalt trotz
säumten Prämienzahlung von dem Vertrage nicht ab, so
erkennen, daß der Versicherte ihr auch ohne dies für die E
der Prämie genügende Bürgschaft gewährt.

§ 8.

Die allgemeinen Bedingungen der Aktiengesellschafte
öffentlichen Verbände für die Versicherung beweglicher G
und die Statuten der Gothaer Feuerversicherungsbank stim
überein, daß bei eintretendem Brande der Versicherte zur th
Rettung verpflichtet ist, wobei sie einzelne leitende Vorsch
die Rettung geben, die mehr oder minder darauf hinausla

erst bei unmittelbarer Gefahr geräumt werden darf, und daß der Versicherte alle Maßnahmen zu unterlassen hat, welche der anwesende Agent oder sonstige Vertreter der Anstalt, beziehungsweise bei den öffentlichen Verbänden und der Gothaer Bank auch die Ortspolizeibehörde untersagt. Nichtbeachtung dieser Vorschriften zieht bei der Mobiliarversicherung der öffentlichen Verbände, wenn das Zuwiderhandeln ein vorsätzliches war, und bei den Aktiengesellschaften, wenn das Zuwiderhandeln ein böswilliges gewesen ist, den Verlust jedes Entschädigungsanspruches nach sich.

Nach mehrfacher Richtung gereichen diese Regeln den Versicherten zur gerechtfertigten Beschwerde.

Wenn die Versicherung das Interesse des Versicherten bei eintretendem Schaden vollständig deckt und die Anstalt diejenige ist, welche den Schaden allein zu tragen hat, ist es entsprechend, daß die Anweisungen der Anstaltsvertreter oder der von der Anstalt anderweit bezeichneten Personen allein darüber zu entscheiden haben, ob, beziehungsweise in welcher Weise mit Rettungsmaßregeln vorzugehen ist; wenn aber die Versicherung keine vollständige ist und neben der Anstalt der Versicherte selbst den eintretenden Schaden zu leiden hat, ist es unbillig gegen den Versicherten, daß sein eigenes Ermessen vollständig zurücktreten und er unbedingt den Anordnungen der Versicherungsanstalt unterworfen sein soll. Weiter tritt Verlust des Entschädigungsanspruches bereits bei vorsätzlichem Zuwiderhandeln gegen die Anordnung der Anstaltsorgane oder Polizeibehörde ein, so werden auch alle diejenigen Fälle getroffen, in denen der Versicherte nur anderer Meinung war über das, was am zweckmäßigsten zur Abwendung des Schadens zu geschehen hätte, und ihm jede Absicht zum Nachtheil der Versicherungsanstalt zu handeln fehlte; es ist aber klar, daß den im Drange der Umstände handelnden Versicherten in einem solchen Fall seinen ganzen Ersatzanspruch verlieren zu lassen eine unbillige Härte ist, die besonders scharf hervortritt, wenn die Maßnahmen des Versicherten von Erfolg begleitet waren und zur Verminderung des Schadens beigetragen haben. Endlich, liegt ein böswilliges Zuwiderhandeln des Versicherten vor, so ist dies ein Grund dem Versicherten die Vermuthung entgegenzustellen, daß ohne seine Böswilligkeit der Schaden nicht eingetreten sein würde; wenn aber dem Versicherten der Nachweis versagt wird, daß der Schaden mit seiner Handlungsweise ganz oder zum Theil außer jedem Zusammenhange steht, wenn der Ver-

sicherte, der die Rettung eines einzelnen Zubehörstückes b
Weise unterläßt, den Entschädigungsanspruch für das ga
brannte Haus verliert, so führt dies dazu, daß das St
Kosten Anderer Gewinn zu machen bei den Anstalten legal
während es für den Versicherten die schwersten Nachtheil
folge hat.

Ist der Versicherte nicht voll versichert und hat er
dessen ein selbständiges, nicht unerhebliches Interesse an
der von Feuer bedrohten Sachen, so muß vernünftiges
des Gerichts darüber entscheiden, inwieweit der Versichert
Anordnungen der Anstaltsorgane zu fügen verpflichtet
Verlust des Entschädigungsanspruches darf nur eintreten,
böswilliges Handeln des Versicherten vorliegt, und nur in
der Versicherte nicht den Nachweis der Unschädlichkeit sein
zu erbringen vermag.

§ 9.

Die Aktiengesellschaften, die Gothaer Bank und die ö
Verbände bei der Mobiliarversicherung verlangen, daß der
innerhalb kurzer Frist (24 Stunden, bezüglich am nächs
bezüglich innerhalb dreier Tage) der Anstalt zu Händen ihre
oder Versicherungskommissars von einem eingetretenen Bra
Anzeige macht. Unterbleibt die Anzeige, ohne daß äußer
nisse die Erstattung unmöglich machen, so verliert der
jeden Entschädigungsanspruch.

Es ist wohl begründet, daß die Versicherungsanstal
jeden eingetretenen Schaden, zu dessen Ersatz sie herangezog
sollen, alsbald unterrichtet zu sein wünschen, damit sie sich
Umfang und die Entstehungsursachen des Brandes zu i
vermögen, es ist ebenso wohl begründet, daß die Versich
stalten die Anzeige dem Versicherten auferlegen, da er
zuerst und am besten über den Brand unterrichtet sein u
Anzeige ohne besondere Erschwerniß im Stande sein wi
so, wie die Vorschriften gegeben sind, gehen sie über die Er
hinaus, welche der Grund für ihren Erlaß gewesen sind
nicht abzusehen, was der Versicherungsanstalt die Brandan
wenn ihre Organe bereits anderweit von dem Brande un
vielleicht selbst an der Brandstätte bereits thätig gewesen
berücksichtigt nicht die Lage, in welcher sich ein Versiche

nständen befindet, der unerwartet von einem schweren Brandschaden
troffen wird und oft zunächst für das nackte Leben seiner selbst
d seiner Angehörigen zu sorgen hat, wenn nur das Vorhandensein
ßerer Hindernisse die Nichterstattung der Anzeige entschuldigt
d darauf kein Gewicht gelegt wird, ob unter Berücksichtigung des
uns eines vernünftigen und umsichtigen Mannes die Handlungs-
ise des Versicherten voll entschuldbar erscheint. Es giebt in gleicher
eise den Anstalten Vortheile in Fällen, wo sie keines Schutzes
d keiner Sicherung bedürfen, wenn die unterlassene Anzeige dem
rsicherten auch dann schadet, wo die vollständige Ausmittelung
folgen konnte, daß der Anstalt durch die unterlassene Anzeige
nen Schaden erlitten hat, daß ihre Ersatzpflicht sich ebenso ge-
ltet haben würde, wenn sie alsbald nach dem Brande nach Ur-
he und Umfang des Schadens recherchiren konnte. Gegen diese
berschreitungen muß sich das Gesetz wenden, es darf nicht zulassen,
ß die Anstalt Anzeige verlangt, wenn sie bereits unterrichtet ist,
ß Verwirkungen ohne Unterscheidung angedroht werden, ob in der
chterstattung der Anzeige ein Verschulden des Versicherten zu finden
und daß Verwirkungen auch in Fällen Platz greifen, in denen
veislich die Unterlassung keinen Nachtheil für die Anstalt gehabt hat.

Außer der Anzeige an die Versicherungsanstalt verlangen die
tiengesellschaften und die öffentlichen Verbände bei der Mobiliar-
rsicherung, daß der Versicherte, wenn ihm bei dem Brande Gegen-
nde abhanden gekommen sind, bei Verlust des entsprechenden Er-
zanspruchs das Abhandenkommen — und zwar unter Angabe der
zelnen Stücke — der Ortspolizeibehörde binnen 3 Tagen zu
lden hat. Auch hier sind Einschränkungen nothwendig, die Mel-
ng muß überflüssig sein, wenn und insoweit die Polizeibehörde
derweit von dem Verschwinden der Sachen unterrichtet war, und
Frist zur Anmeldung darf nicht eher zu laufen beginnen, bevor
Versicherte von dem Abhandenkommen Kenntniß hatte oder doch
gehöriger Aufmerksamkeit Kenntniß haben mußte.

§ 10.

Die Aktiengesellschaften, die öffentlichen Verbände bei der
obiliarversicherung und die Gothaer Bank sehen bei Verwirkung
Versicherungsanspruches vor, 1. daß die Anstalt zur Ermittlung
entstandenen Schadens jede angezeigt erscheinende Untersuchung
rnehmen darf, und daß der Versicherte jeden von ihm erforderten

und zu beschaffenden Nachweis führen muß, 2. daß der Versicherte binnen bestimmter Fristen der Anstalt Verzeichnisse der verbrannten und geretteten Sachen einzureichen hat, 3. daß der Versicherte bei der Schadensermittlung nicht unrichtige Angaben betrügerischer — bei den öffentlichen Verbänden auch nicht grob fahrlässiger — Weise machen darf, wobei die öffentlichen Verbände den Versicherten auch verpflichten, sich jeder Veränderung in Ansehung der geretteten Sachen bis zur Feststellung des Schadens zu enthalten.

So gerechtfertigt es ist, daß die Anstalten in jeder Weise über den entstandenen Schaden und seine Ursachen unterrichtet sein wollen, und daß der Versicherte der Anstalt hierbei nach Kräften Beistand zu leisten hat, so wenig gerecht ist es, wenn die Versicherungsanstalten keine Rücksicht auf die Bedeutung des vereitelten Beweises nehmen und über den natürlichen Satz hinausgehen, daß, wer einen Beweis rechtswidriger Weise verhindert, den Beweis als geführt gelten lassen muß. So gerechtfertigt es weiter ist, daß der Versicherte die Anstalt möglichst bald darüber unterrichtet, für welche Stücke und für welche Werthe er Schadensersatz beansprucht, wenn er zur Erstattung der betreffenden Anzeigen im Stande ist, so ungerechtfertigt ist es, die Einreichung von dem Versicherten ohne Rücksicht auf seine eignen Verhältnisse zu verlangen und ihn mit Verwirkungen auch dann zu bedrohen, wenn die Nichteinreichung nach Lage der Umstände entschuldbar erscheint. Wie wenig sich endlich dagegen erinnern läßt, daß sich die Anstalten durch Verwirkungsandrohungen gegen Betrug und grobe Fahrlässigkeit zu sichern suchen, so anfechtbar erscheint es, wenn die Versicherungsanstalten bei den Verwirkungsandrohungen außer Acht lassen, ob die unrichtige Angabe sich auf den ganzen Anspruch oder nur einen Theil desselben bezogen hat, wenn sie den Versicherten den Entschädigungsanspruch für das ganze Haus verlieren lassen, weil er bei einem einzelnen Inventarienstück sich einer Unrichtigkeit schuldig gemacht hat.

Die Verhinderung eines Beweises darf keine weiteren Folgen haben, als daß der Beweissatz für erbracht gilt, die Verabsäumung rechtzeitiger Schadensberechnung darf nicht schaden, wenn sie trotz gehöriger Aufmerksamkeit vorkommen konnte und deshalb entschuldbar erscheint, Unrichtigkeiten dürfen den Anspruch nur in Ansehung der Stücke nehmen, auf welche sich die Unrichtigkeit bezogen hat.

§ 11.

Ein Theil der Versicherungsanstalten verschließt dem Versicherten den Rechtsweg ganz und die Aktiengesellschaften und die öffentlichen Verbände bei der Mobiliarversicherung befristen die Verfolgbarkeit der Ersatzansprüche in der Weise, daß alle nicht innerhalb 6 Monate nach dem Brande dem Betrage nach schriftlich (beziehungsweise rechtsgültig) und vorbehaltslos von der Anstalt anerkannten oder durch Erhebung der Klage bei den zuständigen Instanzen zur Geltung gebrachten Ansprüche durch den bloßen Ablauf der Frist erlöschen.

Der Ausschluß des Rechtweges über die Höhe des Versicherungsanspruches, welcher bei den meisten Versicherungsanstalten eingeführt ist, entspricht den Verhältnissen, der Ausschluß des Rechtsweges überhaupt entspricht ihnen nicht. Bei dem Streit, ob im Prinzip Schadensersatz zu leisten, handelt es sich durchweg um verwickelte Rechtsfragen, die nur der Berufsrichter in geeigneter Weise zu erledigen vermag, nur bei dem Berufsrichter ist Gewähr vorhanden, daß er bei dem Wortlaut der Versicherungsverträge nicht stehen bleibt, sondern über denselben hinaus den wahren Geist zu finden sucht, und nur wenn die Berufsrichter entscheiden, deren Rechtssprechung von dem Reichsgericht geleitet und geregelt wird, kann die erforderliche Einheit des Versicherungsrechtes erhalten bleiben. Voller Ausschluß des Rechtsweges mag nachzulassen sein, wenn er nach eingetretenem Brande verabredet wird, voller Ausschluß von vornherein durch statutarische und formularmäßige Vorschriften muß verboten werden.

Gegen die Feststellung einer kurzen Klagefrist ist an sich nichts zu erinnern, da es für die Anstalten von durchgreifender wirthschaftlicher Bedeutung ist, möglichst bald zu wissen, welchen Ansprüchen sie unter Umständen zu genügen haben, zu verwerfen aber ist es, daß für die kurze Frist der Brandtag schlechthin als Anfangstermin gesetzt ist. Die Nichtgeltendmachung eines Rechtes kann vernünftiger Weise der Grund für den Verlust des Rechtes nur werden, wenn der Berechtigte die Geltendmachung verschuldeter Weise unterlassen hat, wenn er das Recht nicht geltend gemacht hat, obwohl er es geltend machen konnte und obwohl er Veranlassung zur Geltendmachung hatte. Eine Klagefrist mit einem festen, die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falls nicht in Rücksicht nehmenden Anfangstermin entspricht daher der Billigkeit nur, wenn die Frist so

geräumig bemessen wird, daß allen Eventualitäten Rechnung getragen und von vornherein gesichert ist, daß in der Frist der Berechtigte unter allen Umständen Möglichkeit und Veranlassung zur Klage hat. Eine Frist von sechs Monaten hat diese Geräumigkeit nicht, sie bietet nicht die genügende Zeit, wenn der Versicherte durch den Brand in Nothlage versetzt wird, wenn er zunächst selbst Ermittelungen und Untersuchungen über den ihm erwachsenen Schaden anstellen muß, wenn die Anstalt mit ihm über seine Ansprüche unterhandelt und während der Unterhandlung die Zeit verstreicht. Bei einer solchen Frist darf der Brandtag nicht der unbedingt feste Stichtag sein, bei derselben müssen die Interessen der Versicherten durch die Klausel gewahrt werden, daß die Frist gegen den nicht zu laufen beginnt, der nicht klagen kann oder keinen Grund zur Klage hat. Die oberste Rechtsprechung hat sich bereits gegenwärtig dafür entschieden, daß dies als der vernünftige Wille der Betheiligten anzunehmen sei. Die geforderte Vorschrift wird aber dadurch nicht erübrigt. Der Boden, auf welchem sich die Rechtsprechung bewegt, ist ein unsicherer. Der Wortlaut der einschlagenden Bestimmungen bietet die Möglichkeit, auch eine entgegenstehende Auffassung mit Erfolg zu vertreten, und es ist nicht ausgeschlossen, daß in der obersten Rechtsprechung die entgegenstehende Auffassung zur Geltung kommt, wenn einmal eine den Versicherungsanstalten günstigere Stimmung in der allgemeinen Meinung sich Bahn bricht, und in jedem Falle würde die Rechtsprechung auf dem Boden der Vertragsauslegung zu anderen Ergebnissen kommen müssen, wenn die Versicherungsanstalten zu einer Umgestaltung ihrer Bestimmungen schritten und mit klaren Worten das als den Vertragswillen bezeichneten, was die Rechtsprechung gegenwärtig mit dem vernünftigen Willen der Interessenten nicht für vereinbar erachtet.

§ 12.

Die Aktiengesellschaften und die privaten Gegenseitigkeitsgesellschaften machen bei einer Veräußerung der versicherten Sache den Uebergang der laufenden Versicherung davon abhängig, daß die Uebertragung der Versicherung auf den neuen Erwerber von der Anstalt schriftlich genehmigt wird. Da naturgemäß die Genehmigung regelmäßig erst eingeholt wird und eingeholt werden kann, wenn die Veräußerung bereits erfolgt ist, so tritt auch in dem günstigsten Fall, daß die Genehmigung von der Anstalt alsbald ertheilt wird, ein

zeitweises Ruhen des Versicherungsanspruches bei fortdauernder Prämienverpflichtung ein. Wird aber die Genehmigung verweigert, so ergiebt sich das Resultat, daß, wenn nicht das ganze Veräußerungsgeschäft rückgängig gemacht werden soll, der Versicherungsnehmer die ganze Versicherungsperiode hindurch die Prämie zu entrichten hat, während er wegen der Aufgabe des Eigenthums im Falle eines Brandes keine Ersatzansprüche zu erheben vermag. Diese ungünstige Regelung der Dinge könnten sich die Versicherungsnehmer nur gefallen lassen, wenn überwiegende Interessen der Anstalten die Schädigung der Versicherungsnehmer erforderten. Es ist dies aber nicht der Fall. Die Person des Eigenthümers ist nur ganz ausnahmsweise von Bedeutung für die Größe der übernommenen Gefahr, wegen vereinzelter Ausnahmefälle, für die durch ein Rücktrittsrecht — eventuell in Verbindung mit Schadensersatzansprüchen — Vorsorge getroffen werden kann, rechtfertigt es sich nicht eine allgemeine Regel aufzustellen, und gegen die Unterschiebung eines schlechten Schuldners an Stelle eines guten sind die Anstalten durch den allgemeinen, erforderlichen Falls zu bestätigenden und in geeigneter Weise auszubildenden Rechtssatz bereits geschützt, daß ein Schuldner von den übernommenen Verpflichtungen sich nicht einseitig ohne Mitwirkung des Gläubigers zu befreien vermag. Es ist deshalb ein gerechtfertigtes Verlangen, daß bei Veräußerung der versicherten Sache die Uebertragbarkeit des Versicherungsanspruches von der Zustimmung der Anstalt unabhängig sein muß.

Auf dem entgegengesetzten Standpunkt wie die privaten Gesellschaften stehen bei der Immobiliarversicherung die öffentlichen Anstalten. Nach ihren Vorschriften geht bei einer Veräußerung des versicherten Grundstücks nicht bloß die laufende Versicherung, sondern auch der Anspruch aus einem bereits eingetretenen Brande auf den neuen Erwerber schlechthin über. Auch dieser entgegengesetzte Standpunkt entspricht nicht voll den Interessen der Versicherten. Die unbedingte Verknüpfung der laufenden Versicherung mit dem Grundstück ist gerechtfertigt. Die unbedingte Verknüpfung des erwachsenen Anspruches ist es nicht. Sie beschränkt die wirthschaftliche Verfügungsfreiheit weiter, als ein Bedürfniß für die Beschränkung vorliegt, denn ein Bedürfniß für die Verbindung des Entschädigungsanspruches mit dem Grundstück besteht nur, insofern die Feuerkassengelder zur Wiederherstellung der beschädigten Objekte verwendet werden müssen, und soweit Realberechtigte aus den Feuerkassengeldern

zu befriedigen sind. Wo beides nicht Platz greift, ist kein Grund zu dem Zwange, daß der Versicherte über seine Entschädigungsforderung nur mit dem Grundstück verfügt, und es ist deshalb zu verlangen, daß das Gesetz in diesen Grenzen, welche die Versicherungsanstalten wohl auch haben innehalten wollen und nur durch eine schlechte Formulirung überschritten haben, die Verfügungsfreiheit des Versicherten feststellt.

§ 13.

Die privaten Versicherungsanstalten schließen ihre Versicherungen regelmäßig in der Weise auf bestimmte Zeit, daß dieselben Mangels ausdrücklicher Erneuerung mit Eintritt des Endtermins ohne Weiteres zu Ende gehen. Es ist dies weder logisch noch praktisch richtig. Das letztere ist es nicht, weil es die Fürsorge für die Realberechtigten und die Erhaltung der Versicherung für dieselben erschwert und in zahlreichen Fällen dazu führt, daß eine grundlose, oft von den Organen der Anstalt durch verspätete Einsendung der Versicherungspapiere verschuldete Unterbrechung der Versicherung eintritt. Das erstere ist es nicht, weil der Versicherer, welcher Versicherung auf bestimmte Zeit bei einer nicht an sich zeitlich begrenzten Gefahr nimmt, regelmäßig Willens ist, die Versicherung über den gesetzten Termin zu erhalten, und nur von vornherein über diesen hinaus nicht gebunden sein will, und dieser Absicht Kündigung und Fortdauer bei unterbliebener Kündigung, nicht aber schlechthinniges Erlöschen der Versicherung entspricht. Es ist zu fordern, daß alle auf bestimmte Zeit genommenen, nicht ihrem Wesen nach zeitlich begrenzten Versicherungen fortdauern, wenn nicht zu dem Endtermin Kündigung in angemessener Frist hinzutritt. Im allgemeinen wird die Fortdauer dabei auf ein Jahr bemessen werden können.

Die privaten Versicherungsanstalten knüpfen weiter das Rücktrittsrecht, welches die Anstalten sich in ausgedehntem Umfange bei dem Eintritt veränderter Umstände vorzubehalten pflegen, an keine Frist, so daß die Versicherung unmittelbar mit der bezüglichen Ankündigung durch die Anstalt erlischt. Es liegt auf der Hand, daß dies eine schwere wirthschaftliche Gefährdung für den Versicherten zur Folge hat, und diese Gefährdung ist eine Ungerechtigkeit, wo die veränderten Umstände nicht von dem Versicherten verschuldet sind. Denn naturgemäß müßten die Anstalten, wie sie die Vortheile von Gefahrerniedrigungen genießen, die Nachtheile einer solchen Gefahrerhöhung ohne Weiteres tragen. Wollen sie dies nicht, so müssen

sie billiger Weise dem Versicherten mindestens die Zeit lassen, anderweit für Versicherung zu sorgen und die Gefahr so lange übernehmen, bis er anderweit Versicherung beschaffen kann. Das Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände muß, wenn die Veränderung von dem Versicherten nicht verschuldet ist, ein befristetes sein.

Die Bestimmungen, bei denen die Interessen der Versicherten eine Umgestaltung des bestehenden Rechts dringend erheischen, sind erschöpft. Wenn wir deswegen diesen Aufsatz schließen, können wir damit nur den Wunsch verbinden, daß es nicht mehr lange währen möge, bis das neue Recht den Versicherten Schutz gewährt und dabei auch alle anderen Punkte regelt, welche, wie die Sicherstellung der Realberechtigten, einer neuen Gestaltung bedürfen.

14.

Die Adoption (Annahme an Kindesstatt) im Geltungsgebiete des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten.

Von Herrn Dr. jur. Delius, Gerichtsassessor in Bielefeld.

---

§ 1. Einleitung.

Die ursprüngliche Bestimmung der römischen Adoption war Begründung der väterlichen Gewalt über das Adoptivkind und Aufnahme desselben unter die Agnaten des Adoptivvaters. Seit Justinian wird bei der Adoption plena und minus plena unterschieden. Die Adoption war eine plena, wenn der Adoptirende zu den Aszendenten des Adoptirten gehörte; in solchem Falle trat der Adoptirte vollständig in die Gewalt und in die Familie des Adoptirenden. Die Adoption war eine minus plena, wenn der Adoptirte in die Gewalt eines Anderen, der nicht sein Aszendent war, eintrat; in diesem Falle erlangte der Adoptirende keine Familienrechte über den Adoptirten und für letzteren bestand die Wirkung nur darin, daß derselbe während der Dauer der Adoption ein Erbrecht gegen den Adoptirenden erlangte, ohne in seine väterliche Gewalt zu treten.[1])

Schon früh hatte man jedoch die Adoption durch eine Frau im Falle des Verlustes ihrer leiblichen Kinder gestattet.[2]) In diesen

---

[1]) l. 15 pr., l. 23 D. de adopt. 1, 7. l. 10 C. de adopt. 8, 48.

[2]) l. 5 C. eod. 8, 48.

Fällen war von väterlicher Gewalt und Begründung des Agnatenverhältnisses keine Rede.

Ferner unterschied das römische Recht zwischen Adoption und Arrogation. Die Adoption war die Kindesannahme eines Hauskindes, sie gründete sich in der Machtbefugniß des Hausvaters und mußte nach älterem römischen Recht in der Form der mancipatio und in jure cessio gemacht werden. Nach neuerem römischen Recht erfolgte die Adoption durch eine zwischen dem natürlichen Vater und dem Adoptivvater in Gegenwart des Kindes zu gerichtlichem Protokoll erklärte Vereinbarung.[3]) Die Arrogation war die Kindesannahme eines gewaltfreien Menschen. Nach älterem römischen Recht geschah die Arrogation durch einen Beschluß der Kuriat-Komitien. Im neueren Recht war die gerichtliche Form und kaiserliches Bestätigungsreskript, bei der Arrogation eines Unmündigen außerdem gerichtliche causae cognitio erforderlich. Auch mußte bei letzterer der Vater Sicherheit dafür bestellen, daß er das Vermögen des Kindes herausgeben würde, falls dasselbe in der Unmündigkeit sterben oder emanzipirt werden sollte.

Dem älteren deutschen Recht war die Kindesannahme fremd.[4]) Erst durch das römische Recht wurde sie in Deutschland eingebürgert; doch ist die Adoption in ihrer römischen Gestalt in das praktische Recht Deutschlands nie übergegangen. Sie ist namentlich ausgeschlossen geblieben in Bezug auf Institutionen, welche sich auf einer von der römischen verschiedenen Anschauung von der Familie gründen; deshalb gewährte die Adoption im deutschen Recht weder Eintritt in den Adel des Adoptirenden noch Sukzession in Lehen und Familien-Fideikommisse. Schon aus politischen Gründen konnte bei den letzteren Rechtsverhältnissen es nicht für zuläßig erachtet werden, daß durch Privatabkommen ein Institut, auf dessen Existenz zum Theil die Staatsverfassung beruhte, geändert werde.

In Deutschland bestand das Bestreben, adoptio plena und minus plena, adoptio und arrogatio zu verschmelzen. Was die Form der Kindesannahme betrifft, so erfolgte die Adoption in einzelnen Landestheilen nur durch kaiserliches oder landesherrliches Reskript, wurde also als Gnadensache behandelt; in anderen dagegen wurde Adoption und Arrogation ohne Unterschied durch die Gerichte vollzogen.

---

[3]) l. 2 D. de adopt. 1, 7. l. 11 C. eod. 8, 48.

[4]) Sie findet sich im nordischen und longobardischen Recht. Rive, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 228.

Dem deutschen Rechtsbewußtsein entsprechend fand man ferner in der Adoption Begründung eines Kindesverhältnisses und faßte die Begründung der väterlichen Gewalt nur als Folge, nicht als Bedingung des Verhältnisses auf. Daher gestand man auch den Kindern der Adoptirten, insbesondere der adoptirten Frau, Erbrechte gegen den Adoptirenden zu und erkannte ein Familienverhältniß zu den Agnaten des Adoptivvaters nicht an. Die Adoption durch Frauen wurde in mehreren Territorien schlechthin zugelassen, überwiegend Eheleuten gemeinsame Kindesannahme gestattet.

Einen unverfälschten Ausdruck erhielt das deutsche Rechtsbewußtsein in den Bestimmungen des preuß. Landrechts über die Kindesannahme. Das preuß. Recht unterscheidet weder zwischen adoptio und arrogatio noch zwischen adoptio plena, welche nach unserer Vorstellung viel zu weit gehende, und minus plena, welche unzureichende Befugnisse giebt. Nach ihm begründet die Kindesannahme elterliche Rechte, berührt aber an sich die Verhältnisse der Verwandten der Adoptirenden nicht.

Auch kennt das Landrecht nur eine Annahme an Kindesstatt d. h. als Sohn oder Tochter, während nach römischem Recht Jemand als Enkel oder Enkelin adoptirt werden konnte, selbst von demjenigen, der keinen Sohn hatte, und von dem, der einen oder mehrere Söhne hatte, sowohl schlechthin (adoptio in locum nepotis ex incerto filio), als mit Beziehung auf einen bestimmten Sohn, der als Vater des Adoptirten gelten sollte (adoptio in locum nepotis ex certo filio).

Die hauptsächlichsten Bestimmungen über die Adoption befinden sich im A.L.R. II. 2 Absch. 10.

Svarez bevorwortet diesen Abschnitt in einer Anmerkung zum gedruckten Entwurf Th. I. Abth. 1 Tit. 2 § 481 S. 238 folgendermaßen:

„Es versteht sich von selbst, daß in der Lehre von der Adoption alle Sätze wegbleiben müssen, welche bloß aus der Theorie von den actibus legitimis und dem weiten Umfang der väterlichen Gewalt nach den älteren römischen Gesetzen folgen. Die Adoption kann bei uns keinen anderen Endzweck haben, als Personen, die mit Kindern nicht gesegnet sind, Trost und Unterstützung durch dergleichen angenommene Kinder zu verschaffen. Sie ist also nichts als ein bloßer Vertrag, der aber wegen seiner wichtigen und bleibenden Folgen auf den Stand und die ganze künftige Bestimmung der Kontrahenten gerichtlich geschlossen werden muß. Bei Festsetzung

der inneren Erfordernisse eines solchen Vertrages ist man dem Grundsatze: adoptio imitatur naturam treu geblieben und hat zugleich auf Bestimmungen gedacht, welche verhindern sollen, daß die Beibehaltung der Adoption nicht zur Beförderung der Ehelosigkeit ausschlage; daß sie dem Eigennutze derjenigen, die unter dem Vorwande einer Adoption das Vermögen bemittelter, besonders elternloser Kinder, an sich zu ziehen suchen, nicht zum Vorwande dienen, und daß übrigens dadurch die Familienrechte nicht verwirrt oder verdunkelt werden.[5])"

In der Schlußrevision äußert Suarez sich dahin:

„Wenn man von den Vorschriften des römischen Rechts über Adoptionen und Arrogationen dasjenige wegrechnet, was bloß in der Juris prudentia formularia und den besonderen Staatsverfassungen der römischen Republik seinen Grund hat, so wird man in diesem Abschnitt keine wesentlichen Abweichungen von den principiis des Juris Romani finden.[6])"

Dies ist indeß nicht zutreffend, es sind doch einige Aenderungen festgesetzt worden, auf welche betreffenden Ortes aufmerksam gemacht werden soll.

Das allgemeine Landrecht für die preuß. Staaten vom 5. Februar 1794 hat Gesetzeskraft in den Provinzen Ost- und Westpreußen, Posen, Schlesien, Brandenburg, Pommern mit Ausnahme des Bezirks des Appellationsgerichts von Greifswald (Neuvorpommern und Rügen); in Westfalen einschließlich der zur Rheinprovinz gehörigen Kreise Rees, Duisburg und Essen, endlich im Jahdegebiet und in Ostfriesland.

Die drei ersten Titel des zweiten Theils des A.L.R. sind nun aber in einzelnen Landestheilen suspendirt; die Suspension hat jedoch in den verschiedenen Rechtsgebieten einen verschiedenen Sinn. Nach dem Publikationspatent vom 5. Februar 1794 Nr. VII sind nur solche Vorschriften suspendirt, welche das gerade Gegentheil eines klaren und unstreitig rezipirt gewesenen römischen oder anderen fremden Gesetzes enthalten, nicht aber Stellen, welche der üblichen Meinung einiger Rechtslehrer widersprechen oder eine Interpretation des bisherigen Gesetzes geben oder Zweifel entscheiden. So gilt die Suspension in der Kurmark, Neumark und dem Kottbuser Kreis.

---

[5]) Vgl. Siewert Heft 1 S. 74 Nr. 54.

[6]) Jahrbücher Bd. 41 S. 145.

Nach § 4 des Publikationspatentes vom 21. Juni 1825, welches Gesetzeskraft hat für das Herzogthum Westfalen, das Fürstenthum Siegen, mit den Aemtern Burbach und Neuenkirchen (Freie- und Hückenhaus) und die Grafschaften Wittgenstein-Wittgenstein und Wittgenstein-Berleburg sind suspendirt: die vollständigen drei ersten Titel des zweiten Theils nebst allen darauf sich beziehenden späteren Vorschriften und es sollen in Absicht der bezüglichen Gegenstände die jetzt geltenden gemeinen Rechte und die darauf sich beziehenden Landesordnungen gültig bleiben. In dem Bereich der Gültigkeit des Publikationspatentes vom 21. Juni 1825 finden daher die landrechtlichen Bestimmungen über die Adoption keine Anwendung. Jedoch gelten auch hier die Bestimmungen der Kab.O. vom 13. November 1838 und vom 14. Dezember 1842 (vgl. S. 506).

Dagegen nimmt man jetzt allgemein an, daß der Abschnitt 10 des A.L.R. II. 2 auch in der Mark Brandenburg gelte. (Vgl. v. Scholtz-Hermensdorf, Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg Bd. 2 S. 56 und Rehbein und Reincke, Landrecht Bd. 3 S. 214 Anm. 239.) Ein Reskript vom 13. Dezember 1797 (vgl. Rabe Bd. 4 S. 379) spricht sich allerdings dahin aus, daß die Bestimmung des § 668 A.L.R. II. 2 zu den suspendirten gehöre. Allein mit Unrecht, wie die Ausführungen Bornemanns, System des preuß. Civilrechts Bd. 5 S. 379, auf welche verwiesen wird, überzeugend darthun.

§ 2. Gesetzliche Bestimmungen über die Adoption.

A.L.R. Th. II. Tit. 2 Abschn. 10.

Von der Annahme an Kindesstatt.

Wie die Adoption geschehen könne.

§ 666. Die Annahme an Kindesstatt kann nur durch einen schriftlichen Vertrag erfolgen.

§ 667. Dieser Vertrag muß dem (Obergerichte der Provinz, in welchem) Amtsgerichte, in dessen Bezirk der Annehmende seinen Wohnsitz hat, zur Prüfung und Bestätigung vorgelegt werden.

Anmerkung: Die Verordnung vom 2. Januar 1849 § 14 setzte an die Stelle des Obergerichts der Provinz das Gericht I. Instanz, das preußische Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetze vom 24. April 1878 (G.S. S. 230) § 26 Abs. 2 übertrug die Bestätigung dem Amtsgericht.

Anh. § 100. Einer Berichterstattung an das (Lehnsdepartement)

Ministerium des Königlichen Hauses zum Immediatvortrage bedarf es nur in den Fällen:

1. wenn der Adoptirende von Adel und der Adoptirte von bürgerlicher Herkunft ist, falls letzterer Adel und Wappen erhalten soll;
2. wenn mit der Adoption zugleich die Annahme und Führung eines adligen Namens und Wappens verbunden sein soll.

Anmerkung: An die Stelle des Lehnsdepartements ist das Ministerium des Kgl. Hauses bezw. das Heroldsamt getreten. Allerhöchster Erlaß vom 18. August 1854 (G.S. S. 516). Nach der A. Kab.O. vom 16. Dezember 1843 (J.M.Bl. S. 306) bedarf es der Königlichen Genehmigung nicht, wenn ein Adliger einen Bürgerlichen adoptirt, ohne daß letzterer Adel und Wappen erhält.

Wer adoptiren könne.

§ 668. Nur Personen, die das fünfzigste Jahr zurückgelegt haben, soll es erlaubt sein, Andere an Kindesstatt anzunehmen.

§ 669. Doch kann es auch jüngeren Personen, aber nur unter besonderer (landesherrlicher) justizministerieller Erlaubniß gestattet werden, wenn nach ihrem körperlichen oder Gesundheitszustande die Erzeugung natürlicher Kinder von ihnen nicht zu vermuthen ist.

Anmerkung: Die Dispensationsbefugniß des Landesherrn ist dem Justizminister delegirt. A. Kab.O. vom 16. Juli 1805 (N.C.C. XI S. 2965 Nr. 45, Rabe Bd. 8 S. 340); vom 18. Juli 1836 und vom 13. November 1838 (Jahrbücher Bd. 52 S. 471); und vom 14. Dezember 1842 (J.M.Bl. 1843 S. 10).[7])

§ 670. (Uebrigens werden nur Diejenigen, welche vermöge ihres Standes zur Ehelosigkeit verpflichtet sind, von der Befugniß, an Kindesstatt anzunehmen, ausgeschlossen.)

Anmerkung: Dieser Paragraph ist obsolet.

§ 671. Wer noch eheliche Abkömmlinge am Leben hat, kann nicht an Kindesstatt annehmen.

§ 672. Die Einwilligung der Eltern des Annehmenden ist der Regel nach erforderlich.

§ 673. Doch wirkt der Abgang dieser Einwilligung nur soviel, daß den Eltern ihr Recht auf den Pflichttheil von dem Nachlasse des Annehmenden, bei dessen künftigem Ableben, vorbehalten bleibt.

---

7) Die Kab.O. v. 18. Juli 1836 und 14. Dezember 1843 sind nicht publizirt.

§ 674. Auch Personen weiblichen Geschlechts können an Kindesstatt annehmen.

§ 675. Sind sie aber verheirathet, so kann dieses nur mit Einwilligung des Mannes geschehen.

§ 676. Hat der Mann Jemand ohne Einwilligung der Frau an Kindesstatt angenommen, so wird dadurch in dem Erbrechte dieser Letztern auf den künftigen Nachlaß des Mannes nichts geändert.

Wer adoptirt werden könne.

§ 677. Derjenige, welcher an Kindesstatt angenommen werden soll, muß den Jahren nach jünger sein, als der Annehmende.

§ 678. Hat er die Jahre der Unmündigkeit zurückgelegt, so ist seine freie Entschließung erforderlich.

§ 679. Ist sein Vater noch am Leben, so ist auch dessen Einwilligung nothwendig.

§ 680. Steht er unter Vormundschaft, so muß die Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichts beigebracht werden.

Vorm.O. vom 5. Juli 1875 (G.S. S. 431) § 42: Der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf es: 2. zur Annahme des Mündels an Kindesstatt.

Wirkungen der Adoption, in Ansehung der Person.

§ 681. Durch die Adoption entstehen zwischen dem angenommenen Vater und Kinde in der Regel die Rechte und Pflichten, wie zwischen leiblichen Eltern und den aus einer Ehe zur rechten Hand erzeugten Kindern.

Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 (R.G.Bl. S. 23):

§ 29. Eheliche Kinder bedürfen zur Eheschließung, solange der Sohn das fünfundzwanzigste, die Tochter das vierundzwanzigste Lebensjahr nicht vollendet hat, der Einwilligung des Vaters . . . .

§ 31. Bei angenommenen Kindern tritt an Stelle des Vaters (§ 29) derjenige, welcher an Kindesstatt angenommen hat . . . .

§ 33. Die Ehe ist verboten:

4. Zwischen Personen, deren eine die andere an Kindesstatt angenommen hat, solange dieses Rechtsverhältniß besteht.

A.L.R. Th. II. Tit. 1: § 968. Ungültig sind Ehen, ...

§ 969. Ferner solche, die mit einer an Kindesstatt angenommenen Person ohne vorhergegangene Aufhebung der Adoption geschlossen worden.

§ 985. Hat Jemand sein angenommenes Kind wider die Ge-

setze geheirathet, und ist dasselbe noch minderjährig: so muß dem angenommenen Kinde ein Kurator bestellt, und alsdann ebenso wie bei der gesetzwidrigen Heirath eines Vormundes mit seiner Pflegebefohlenen verfahren werden. (Vgl. §§ 977—985 A.L.R. II. 1.)

§ 986. War die an Kindesstatt angenommene Person bereits volljährig, so kann dieselbe die Ungültigkeit der Ehe nur innerhalb sechs Monaten nach deren Vollziehung rügen.

§ 987. In allen Fällen, wo eine solche Ehe für nichtig erklärt wird, verliert der Mann alle aus der Annahme an Kindesstatt über die Person und das Vermögen der Adoptirten entstandenen Rechte.

§ 988. Dagegen bleiben der Adoptirten die ihr auf das Vermögen des angenommenen Vaters sowohl unter Lebendigen als von Todeswegen zukommenden Ansprüche vorbehalten.

§ 989. Wird eine solche Ehe in der Folge gültig, so werden alle aus der Annahme an Kindesstatt wechselseitig entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten für erloschen angesehen.

Strafgesetzbuch § 174: Mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren werden bestraft: . . .

. . . Adoptiveltern, welche mit ihren Kindern unzüchtige Handlungen vornehmen.

Vgl. auch Str.G.B. § 52 Abs. 2.; C.P.O. § 348 Nr. 3, § 41 Nr. 3, §§ 350, 358; Str.P.O. § 22 Nr. 3, §§ 51, 149; G.V.G. § 156 Nr. 3.

A.L.R. Th. II. Tit. 2: § 682. Das angenommene Kind erhält den Namen des annehmenden Vaters.

§ 683. (Es überkommt alle Rechte seines Standes, soweit dieselben durch die Geburt aus einer wirklichen Ehe zur rechten Hand fortgepflanzt werden.)

Anmerkung: Dieser Paragraph ist obsolet.

Bundesgesetz vom 1. Juni 1870 (B.G.Bl. S. 355) § 2:

Die Staatsangehörigkeit in einem Bundesstaate wird fortan nur begründet: 1. durch Abstammung 2c.

Die Adoption hat für sich allein diese Wirkung nicht.

§ 684. Ist jedoch der Annehmende von Adel und der Angenommene von bürgerlicher Herkunft: so kann letzterer die Vorrechte und Unterscheidungen des Adels nur mittelst besonderer landesherrlicher Begnadigung erhalten.

A.L.R. I. Tit. 18:

§ 364. Durch landesherrliche Legitimation aber können un-

ehelich geborene Kinder nur mit ausdrücklicher Einwilligung des Landesherren und der Agnaten oder Mitbelehnten, zur Lehnsfolge fähig werden.

§ 365. Eben das gilt von solchen Personen, die ein Lehnsbesitzer an Kindesstatt angenommen hat.[8])

§ 366. In beiden Fällen (§ 364, 365) können dergleichen Kinder durch den Konsens der zwei nächsten Agnaten das Recht erlangen, den Namen und das Wappen der Familie zu führen.

§ 685. Ist der Annehmende bürgerlichen Standes, und der Angenommene adliger Herkunft, so verliert letzterer zwar nicht die Rechte des Adels; er muß aber, außer dem Namen des Adoptirenden (§ 682), zugleich seinen adligen Familiennamen beibehalten.

§ 686. Ist der Annehmende verheirathet, so entstehen zwischen seiner Frau und dem angenommenen Kinde nur die Verhältnisse wie zwischen Stiefeltern und Stiefkindern.

§. 687. Ist aber die Annahme an Kindesstatt von beiden Eheleuten gemeinschaftlich geschehen, so tritt der Angenommene auch gegen beide in das Verhältniß eines leiblichen Kindes.

§ 688. Hat eine Person weiblichen Geschlechts Jemand an Kindesstatt angenommen, so erhält derselbe den Geschlechtsnamen der Mutter und den Stand, zu welchem dieselbe zur Zeit der Annahme gehört hat.

§ 689. Der Name (und Stand) des gewesenen Mannes kann einem solchen Kinde nur unter besonderen Umständen, welche die Besorgniß eines Widerspruches von der Familie des Mannes ausschließen, und nur durch (ausdrückliche landesherrliche Begnadigung) Genehmigung des Regierungspräsidenten beigelegt werden.

Anmerkung: Die Ertheilung der Erlaubniß wurde durch A. Kab.O. vom 16. Juli 1805 (N.C.C. XI. S. 2965) dem Justizminister übertragen (vgl. auch Just.Min.Bl. 1843 S. 10); durch Allh. Erl. vom 12. Juli 1867 (G.S. S. 1310) wurde dieselbe den Bezirksregierungen und infolge des Ges. vom 30. Juli 1883 (G.S. S. 195) § 18 dem Regierungspräsidenten beigelegt. Vgl. die Anmerkung zu § 683.

---

[8]) Dadurch ist die Kontroverse für den Fall, daß der Vasall bei einem Neulehn nur Adoptivkinder hat, zum Vortheil der Adoptirten entschieden, wobei selbstverständlich vorausgesetzt wird, daß der Lehnsherr, als er dem Vasallen für sich und seine Erben das Neulehn gab, wußte, daß derselbe keine andere Erben als seine Adoptivkinder hatte.

§ 690. Uebrigens erlangt die annehmende Mutter gegen das angenommene Kind alle Rechte und Pflichten einer leiblichen Mutter.

Vorm.O. § 21 Abs. 2: Nicht unfähig zur Führung einer Vormundschaft sind: . . . die Mutter über ihre . . . angenommenen Kinder.

In Ansehung des Vermögens des Adoptirenden.

§ 691. Auch auf das Vermögen der annehmenden Eltern, soweit dasselbe der freien Verfügung derselben unterworfen ist, erlangt das angenommene Kind alle Rechte der aus einer Ehe zur rechten Hand herstammenden Kinder.

§ 692. Alles daher, was von der Verpflegung, Erziehung, Ausstellung und Erbfolge solcher Kinder verordnet ist, gilt auch von angenommenen Kindern.

§ 693. Auch mit leiblichen Kindern, die der Annehmende nach der Adoption etwa noch erzeugt hat, kommen dem Angenommenen in Ansehung seiner gleiche Rechte zu.

A.L.R. I. Tit. 18:

§ 367. In Ansehung der Sukzession aber kann ein Agnat oder Mitbelehnter den übrigen durch seinen Konsens nichts vergeben.

§ 368. Wenn also der Fall eintritt, wo ein nicht konsentirender Agnat oder dessen Nachkommen zur Sukzession gelangt sein würden, wenn die Sukzessionsordnung durch die Aufnahme solcher Kinder nicht wäre unterbrochen worden: so muß das Lehn den ersteren wirklich eingeräumt werden; und die letzteren, sowie ihre Deszendenten müssen denselben weichen.

§ 369. Solange aber die Sukzession in den Linien solcher Agnaten oder Mitbelehnten, welche konsentirt haben, stehen bleibt, oder wieder dahin gelangt, kann solchen legitimirten oder angenommenen Kindern, und ihren an sich lehnsfähigen Nachkommen, der Besitz des Lehns nicht geweigert werden.

Landgüterordnung für die Provinz Westfalen vom 30. April 1882 (G.S. S. 255) § 13: Die Befugniß der Kinder zur Uebernahme des Landgutes wird nach folgenden Grundsätzen geregelt. Leibliche Kinder gehen Adoptivkindern . . . . vor.

Landgüterordnung für die Provinz Brandenburg vom 10. Juli 1883 G.S. S. 21 § 11. Die Berechtigung der Nachkommen zur Uebernahme des Landgutes wird nach folgenden Grundsätzen geregelt:

Leibliche Kinder gehen Adoptivkindern . . . . vor.

Landgüterordnung für die Provinz Schlesien vom 24. April 1884

(G.S. S. 121) § 11: Die Berechtigung der Nachkommen des Erblassers zur Uebernahme des Landgutes wird nach folgenden Grundsätzen geregelt. Leibliche Kinder gehen Adoptivkindern .... vor.

A.L.R. II Tit. 2:

§ 456. Hat Jemand nach errichtetem Testamente einen Anderen förmlich an Kindesstatt angenommen, ohne wegen der Erbfolge desselben etwas verfügt zu haben, so verliert das Testament eben dadurch seine Kraft.

§ 542. Wenn das Kind nach errichteter (Pupillar-) Substitution, von einem Dritten mit Bewilligung des Vaters förmlich an Kindesstatt angenommen wird: so erlischt die Substitution.

A.L.R. I. Tit. 11:

§ 1147. Degegen giebt die von dem Geschenkgeber geschehene Adoption eines Fremden Ersteren noch kein Recht zum Widerrufe

des Adoptirenden.

§ 694. Hingegen erlangt der annehmende Vater über das Vermögen des angenommenen Kindes, die Rechte des natürlichen Vaters weder unter Lebendigen noch auf den Todesfall.

Anhang § 101. Es soll daher die Extradition des Vermögens an den adoptirten Sohn auf den Grund der Entlassung desselben aus der väterlichen Gewalt von Seiten des adoptirenden Vaters allein nicht erfolgen, vielmehr bedarf es der Ausfertigung der Majorennitäserklärung, behufs des Etablissements des Sohnes, nach Anleitung des Landrechts II. Tit. 18 § 807.

§. 695. Ist das angenommene Kind großjährig, so muß ihm sein eigenthümliches Vermögen zur freien Verwaltung und Nutzung überlassen werden.

§ 696. Ist er noch minderjährig, so bleibt sein eigenthümliches Vermögen unter der bisherigen (väterlichen oder) vormundschaftlichen Verwaltung.

Anmerkung: vgl. S. 534.

§ 697. Aber auch der natürliche Vater verliert den ihm sonst zukommenden Nießbrauch.

§ 698. Er muß also das Vermögen des Kindes nur für dessen Rechnung verwalten, und die Einkünfte davon zur Vermehrung des Hauptstuhles, oder sonst zum Behufe des Kindes nützlich verwenden.

§ 699. Stirbt der natürliche Vater des angenommenen Kindes nach der Adoption, so kann die Vormundschaft über das Vermögen des Kindes dem angenommenen Vater aufgetragen werden.

§ 700. Doch ist das vormundschaftliche Gericht an die Person desselben nicht gebunden.

§ 701. Stirbt das angenommene Kind vor den natürlichen Eltern, so wird Letzteren und nicht den Annehmenden, die gesetzliche Erbfolge eröffnet.

§ 702. Dagegen bleibt dem angenommenen Kinde sein gesetzliches Erbrecht, auch auf den Nachlaß seiner natürlichen Eltern.

Nähere Bestimmungen durch Verträge.

§ 703. Vorstehende gesetzliche Bestimmungen (§§ 681—702) können durch den bei der Annahme geschlossenen Vertrag anders festgesetzt werden.

Anh. § 102. Die Befugniß, die gesetzlichen Bestimmungen in dem Adoptionsvertrage anders festzusetzen, kann auf die Vorschriften der §§ 684 u. 689 nicht gedeutet werden, da diese landesherrliche[9]) Rechte bestimmen, worüber durch Privatverträge nicht disponirt werden darf.

§ 704. In Ansehung der persönlichen Verhältnisse finden dergleichen Abänderungen insoweit statt, als dadurch das Wesentliche des Geschäfts nicht aufgehoben wird.

§ 705. Sollen die gesetzlichen Bestimmungen in Ansehung des Vermögens durch den Vertrag geändert werden, und ist das anzunehmende Kind noch minderjährig, so muß das vormundschaftliche Gericht dergleichen Aenderungen, und ob unter denselben die Adoption dem Kinde zuträglich sei, besonders prüfen.

§ 706. Ein Vertrag, wodurch dem zu adoptirenden Kinde sogar der Pflichttheil von dem künftigen Nachlasse seiner natürlichen Eltern entzogen wird, kann nur mit Großjährigen geschlossen werden.

Familienverhältnisse.

§ 707. Durch die Adoption treten auch die damals schon vorhandenen und nachher erzeugten Abkömmlinge des angenommenen Kindes gegen die annehmenden Eltern in eben das Verhältniß, wie Blutsverwandte in absteigender gegen die in aufsteigender Linie.

§ 708. Uebrigens aber entsteht zwischen dem angenommenen Kinde und der Familie des Annehmenden durch die Adoption gar keine Verbindung.

---

[9]) Im Text steht „landesherrlichen". Vgl. jedoch Reskript des Justizministers vom 29. Dezember 1837. Jahrbücher Bd. 50 S. 469.

§ 709. Auch die nach der Adoption etwa erzeugten natürlichen Kinder des Annehmenden treten mit dem Angenommenen nicht in das Verhältniß als Geschwister.

§ 710. Soll durch die Adoption zugleich eine Familienverbindung bewirkt werden, so muß dies durch einen besonderen Familienvertrag geschehen.

§ 711. Dagegen verbleibt das angenommene Kind ein Mitglied der Familie, in welcher es geboren worden.

§ 712. Es bestehen also zwischen ihm und seinen natürlichen Verwandten alle Rechte und Pflichten ebenso, als wenn keine Adoption erfolgt wäre.

Vorm.O. § 17: Als Vormünder sind .... berufen: .... 3. die Mütter über ihre ehelichen, nicht an Kindesstatt hingegebenen Kinder.

§ 713. Um die Verdunkelung dieser Rechte zu verhüten, ist das angenommene Kind, mit dem Namen des Annehmenden zugleich seinen eigenen Familiennamen zu führen berechtigt.

Aufhebung der Adoption.

§ 714. Die einmal gesetzmäßig erfolgte Adoption kann nur ebenso, wie sie zu Stande gekommen ist, mit Einwilligung der Interessenten, und unter gerichtlicher Bestätigung wieder aufgehoben werden.

§ 715. Dadurch verliert sie alle Wirkungen, und die Rechte und Pflichten der Interessenten sind so, als wenn niemals eine Adoption geschehen wäre, zu beurtheilen.

§ 716. Die aus der Adoption entspringende väterliche Gewalt des Annehmenden wird ebenso, wie die des natürlichen Vaters, geendigt und aufgehoben.

§ 3.
Wie die Adoption geschehen könne.

Die Annahme an Kindesstatt erfordert einen schriftlichen Vertrag zwischen dem Adoptirenden und dem zu Adoptirenden oder dessen gesetzlichem Vertreter. Durch letztwillige Anordnungen kann eine Adoption nicht begründet werden. Eine adoptio per testamentum, wie sie das römische Recht kannte, z. B. adoptirte Cäsar den Octavian per testamentum, ist nach preußischem Recht unzulässig. Es ergiebt sich dies aus den im § 666 a. a. O. gebrauchten Worten: „kann nur", welche bei der Umarbeitung des gedruckten Entwurfs zum A.L.R., in welchem sie fehlen, absichtlich eingeschaltet worden sind,

um der vor einigen Monenten ausgesprochenen Meinung, als ob die Adoption durch Testament jedem freistehe, entgegenzutreten (vgl. Bornemann, System des Preuß. Civilrechts Bd. 5 S. 382). Suarez äußerte zwar in der Revisio monitorum: „Allenfalls könnte man hier die Frage entscheiden, inwiefern Jemand erlaubt sei, einem extraneo, den er im Testamente zum Erben einsetzt, zugleich die Führung seines Namens und Wappens zur Pflicht und Bedingung zu machen. Ich würde solches unter landesherrlicher Genehmigung verstatten und festsetzen, daß, wenn diese erfolgt, dergleichen Willenserklärung alle Wirkungen der Adoption hervorbringe.“ Die ganze Bemerkung ist aber am Rande mit cessat bezeichnet.

Der Adoptionsvertag muß sodann dem Amtsgerichte, in dessen Bezirk der Adoptirende seinen Wohnsitz hat, zur Prüfung und Bestätigung vorgelegt werden. Die Bestätigung hat nur nach Feststellung sämmtlicher weiter unten zu erwähnenden Voraussetzungen eines Adoptionsvertrages zu erfolgen.

Es ist auffällig, daß Svarez in der oben S. 503 erwähnten Anmerkung zum gedruckten Entwurf von einem gerichtlich geschlossenen Vertrage spricht, während der Text — auch im Entwurf §§ 481 u. 482 — nur einen schriftlichen vom Richter zu bestätigenden Vertrag erfordert. Da indessen auch die A.G.O. II. 1 § 7 den Adoptionsvertrag nicht unter den gerichtlich zu schließenden, sondern nur die Bestätigung unter den vor ein bestimmtes Gericht gehörigen Handlungen aufzählt, so ist unzweifelhaft, daß sich die Note ungenau ausdrückt, und nur eine Verlautbarung[10]) vor dem bestätigenden Richter nach § 22 A.G.O. II. 3 erforderlich ist (vgl. Gesetzesrev. Pens. XV. S. 209).

Die Bestätigung des Adoptionsvertrages[11]) hat lediglich das bei einem solchen Vertrage obwaltende „öffentliche Interesse“ zu ihrer Voraussetzung, berührt also das privatrechtliche Interesse der Kontrahenten nicht. Daraus muß man folgern, daß unter den Kontrahenten der Vertrag gültig ist vom Moment des Abschlusses, wenn nur die Bestätigung später hinzukommt, daß also ein solcher Vertrag auch in dem Falle vollkommen rechtsbeständig ist, wenn der

---

[10]) Zur Verlautbarung bedarf es der Zuziehung eines Protokollführers. Reskript v. 24. Febr. 1826 (Jahrb. Bd. 27 S. 19). Vgl. auch Hilse, Formulare der freiwilligen Gerichtsbarkeit S. 6 Anm. 12.

[11]) Nach dem Gesetz v. 7. März 1822 Pos. Nr. 4 sind Adoptionsverträge stempelpflichtig; der Stempel beträgt 6 M.

Adoptirende vor der Bestätigung stirbt und der Vertrag nach seinem Tode die Bestätigung erhält.[12])

Der Adoptionsvertrag kann nicht unter Bedingungen oder Zeitbestimmungen abgeschlossen werden.[13]) Das römische Recht (l. 34 D. de adopt. I. 7) bestimmt dies ausdrücklich. Obwohl das Landrecht keine besonderen Bestimmungen darüber enthält, so wird man doch auch hier dasselbe annehmen müssen, da Statusverhältnisse ihrer Natur nach nicht in der Schwebe sein können.

Ebenso wird man in Uebereinstimmung mit dem römischen Recht (l. 24, 25 § 1 D. de adopt. I. 7) annehmen müssen, daß der Adoptionsvertrag nicht durch Stellvertreter abgeschlossen werden könne.

Es fragt sich, ob es eine Klage aus einem Adoptionsversprechen giebt. Förster-Eccius a. a. O. Bd. I. S. 496 bejaht diese Frage. Richtiger erscheint es uns, dieselbe zu verneinen. Ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts zu Rostock (Seufferts Archiv Bd. 15 Nr. 134) führt für das gemeine Recht aus, daß ein Vertrag, durch welchen ein Zwang zur Eingehung von Familienverhältnissen begründet werde, wie die Abrede einer künftigen Adoption, contra bonos mores sei. Dasselbe muß auch für das preußische Recht gelten.

§ 4.
Wer adoptiren und wer adoptirt werden könne.

Nach römischem Recht ist der Grundsatz: adoptio imitatur naturam streng durchgeführt. Es können daher Mönche und Kastraten nicht adoptiren, wohl aber spadones (von Natur Impotente); auch muß der pater adoptans eine plena pubertas d. h. 18 Jahre älter sein. Im preußischen Recht ist dieser Grundsatz nicht so streng durchgeführt. Kastraten und andere, welche zum Kinderzeugen untüchtig sind, können adoptiren. Es ist dies auch bei der Fassung des § 670 a. a. O. beabsichtigt worden in Folge der Bemerkung von Svarez: „Können Kastraten und Andere, die zum Kinderzeugen untüchtig sind, adoptiren? Puto quod sic. (Vgl. Gesetzesrev. Pens. XV. S. 217.) Uebrigens hat der § 670 keine praktische Bedeutung mehr, denn nach dem Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 ist Verpflichtung zur Ehe-

---

[12]) Vgl. Märcker, Nachlaßbehandlung S. 157; ferner Förster (Eccius) Theorie und Praxis Bd. 4 S. 140 Anm. 3; auch die Erkenntnisse des vormaligen Obertribunals vom 20. Febr. 1857 und des Kammergerichts vom 26. April 1881 abgedruckt in Wallmanns Zeitschrift für das preußische Recht Bd. 3 S. 65 ff.

[13]) Anderer Meinung ist Schmidt, preuß. Recht Bd. 1 S. 242.

losigkeit kein wirksames Ehehinderniß. Es giebt mithin rechtlich keine Personen mehr, die durch ihren Stand zur Ehelosigkeit verpflichtet sind (Cölibat) und die deshalb nach § 670 a. a. O. nicht adoptiren können.[14])

Nach preußischem Recht braucht der Adoptirende nur älter zu sein, als das Adoptivkind. Es müssen daher dem Richter sowohl der Geburtsschein des Adoptivvaters wie der des Adoptivkindes bei Einreichung des Adoptivvertrages behufs Bestätigung vorgelegt werden. Falsch wäre es zu behaupten, daß aus dem Wortlaute des § 677 hervorgehe, daß der Adoptirende mindestens ein Jahr älter sein müsse. Es genügt vielmehr der geringste Altersunterschied. Bei der Redaktion des Landrechts wurde sogar vorgeschlagen, die Adoption eines älteren Menschen zu gestatten. (Vgl. Bornemann a. a. O. S. 459 und Gesetzesrev. a. a. O. S. 222). v. Grolmann bemerkte nämlich: „Kann man doch Stief- und Schwiegersöhne haben, die älter sind, warum sollte man nicht auch einen Adoptivsohn haben, der älter ist? Der Zweck geht doch nur auf Fortpflanzung des Namens. Wenn Jemand, um sich dieser Fortpflanzung zu versichern, einen Vater adoptiren wollte, der zehn Söhne hat, warum sollte er dies nicht können und schlechterdings die zehn Söhne adoptiren müssen, wenn der Vater älter wäre, oder warum sollte der älteste Sohn nicht adoptirt werden können, wenn dieser etwa älter wäre? Daß ein adoptirter Sohn kein natürlich erzeugter Sohn sei, weiß ja doch Jedermann, und die fictiones juris brauchen wir in unserer Gesetzgebung nicht. Svarez erklärte: „v. Grolmann hält den Unterschied der Jahre für unnöthig, da er auf einer bloßen fictione juris beruhe. Ich aber sehe keinen Grund, von dem bisherigen Rechte hierin ganz abzugehen, da doch jeder vernünftige Zweck der Adoption dabei immer erreicht werden kann." Einige Monita, welche im Gegentheil ein Minimum des Altersunterschiedes urgirten, blieben ganz unberücksichtigt.

Der Adoptirende muß das 50. Lebensjahr zurückgelegt haben. Nach römischem Recht muß der Adoptivvater 60 Jahre alt sein. Von diesem Erforderniß ist jedoch eine Ausnahme gestattet, si morbus, valetudo aut alia justa causa adrogandi sit bezw. bei der Adoption si graves causae suadeant. (Vgl. Vötius Lib. I. Tit. 7 § 6.) Das

---

[14]) Vgl. Koch, Kommentar zum A.L.R. Bd. 3 S. 438 und Dernburg, preuß. Privatrecht Bd. 3 S. 195 Anm. 7.

Landrecht ist in dieser Beziehung strenger. Nach denselben kann Personen, welche jünger als 50 Jahre sind, vom Justizminister in Vertretung des Landesherrn die Adoption gestattet werden, wenn nach ihrem körperlichen oder Gesundheitszustande die Erzeugung natürlicher Kinder von ihnen nicht mehr zu erwarten ist.[15]) (§ 669 A.L.R. II. 2)

Hieran ist streng festzuhalten. In einzelnen Fällen ist der Versuch gemacht worden, die Bestimmung des § 669 a. a. O. in ihrer Bedeutung abzuschwächen. Verschiedene Gerichte haben nämlich die Ertheilung der Dispensation befürwortet, wenn ein Verheiratheter, der das 50. Lebensjahr nicht vollendet und nicht behauptet oder nicht nachgewiesen hatte, daß er zeugungsunfähig sei, eine Bescheinigung beibrachte, daß seine Ehefrau nach ihrem körperlichen Zustande voraussichtlich nicht mehr konzipiren könne. Die große Mehrzahl der preußischen Gerichte hat sich dagegen in derartigen Fällen gegen die Zulässigkeit der Dispensation ausgesprochen, und dieser Auffassung entspricht auch die Praxis des Justizministeriums. (Vgl. u. A. Act. gen. A. 12 Vol. 2 Fol. 37.) In dem betreffenden Reskript vom 26. November 1869 wird die Behauptung des Bittstellers, daß in seiner Ehe die Erzielung von Kindern nicht zu vermuthen sei, als eine gleichgültige bezeichnet. (v. Bülow im Justizministerialblatt von 1878 S. 98.)

Nach der Ausnahmevorschrift des § 669 a. a. O. wird die Annahme an Kindesstatt durch justizministerielles Reskript nicht vollzogen, sondern nur die Genehmigung zur Adoption ertheilt. Die Dispensation muß der Bestätigung des Adoptionsvertrages unerläßlich vorausgehen. Ohne dieselbe kann der Adoptirende wegen mangelnder Fähigkeit keinen gültigen Adoptionsvertrag schließen, es fehlt an einem essentiale negotii. Daher kann nach dem Tode des Adoptirenden die Dispensation nicht mehr nachgeholt werden.[16])

Die Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen der Adoption liegt übrigens dem Gerichte ob. Es ist daher an sich nicht ausgeschlossen, daß das Gericht ungeachtet bereits ertheilter justizministereller Erlaubniß den Adoptionsvertrag zu bestätigen ablehnt. Praktisch wird sich aber regelmäßig die Sache so gestalten, daß das Gericht um Erwirkung der Erlaubniß des Justizministers gleichzeitig mit

[15]) Der diesbezügliche Nachweis wird durch ein Physikatsattest zu führen sein.

[16]) Ebenso die Abhandlung in Gruchots Beiträgen Bd 10 S. 419. Vgl. auch Reskript des Justizministers vom 20. Nov. 1865.

dem Gesuche um Bestätigung des Adoptionsvertrages angegangen wird und daß es die Ertheilung der Dispensation nur befürwortet, nachdem es die sonstigen Requisite der Adoption geprüft und als vorhanden angenommen hat.[17])

Die Prüfung, ob die zu vermuthende Zeugungsunfähigkeit vorhanden oder nicht vorhanden sei, ist Sache des Justizministers, nicht etwa des Gerichts; d. h. die Einholung der Dispensation darf nicht etwa das Gericht ablehnen, weil seiner Auffassung nach die Vermuthung der Fähigkeit zur Erzeugung natürlicher Kinder vorliegt, denn gerade die für besonders wichtig erachtete Frage nach dieser Fähigkeit ist vom Gesetzgeber landesherrlicher Prüfung zugewiesen. Mag daher dem Gerichte es noch so klar erscheinen, daß es an der gesetzlichen Bedingung für Ertheilung der Dispensation fehlt, stets hat dasselbe das Gesuch um diese Erlaubniß höheren Ortes vorzulegen, wobei ihm unbenommen bleibt, ablehnenden Antrag zu stellen und zu begründen (Stölzel a. a. O. Bd. 23 S. 326 ff.).

Nach römischem Recht können regelmäßig nur Männer an Kindesstatt annehmen, bloß ausnahmsweise wird Frauen die Adoption dann gestattet, wenn sie eigene Kinder gehabt und verloren haben (in solatium liberorum amissorum); es bedarf dazu aber eines landesherrlichen Reskripts.

Nach preußischem Recht können Frauen und Männer adoptiren, verheirathete und unverheirathete; jedoch bedürfen Ehefrauen der Zustimmung ihrer Männer (§ 675). Der Konsens des Ehemannes ist ein wesentliches Erforderniß der Adoption; ohne denselben ist der Vertrag nichtig. Hilse, Formulare für die freiwillige Gerichtsbarkeit S. 17 Anm. 53, scheint dies nicht anzunehmen, denn er sagt, wenn die Einwilligung des Ehemannes fehle, dies nur bewirke, daß die Rechte des Ehemannes nicht berührt würden. Dies ist offenbar falsch. Der Ehemann dagegen kann ohne Einwilligung seiner Ehefrau adoptiren; in diesem Falle bleibt aber der letzteren ihr volles Erbrecht ungeschmälert, so daß es geschehen kann, daß das Adoptivkind gar kein Erbrecht in den Nachlaß des Adoptivvaters hat (§ 676).

Die Eltern des Adoptirenden müssen gleichfalls in die Annahme an Kindesstatt willigen; fehlt deren Konsens, so bleibt ihnen der Pflichttheil in dem Nachlaß des Adoptirenden vorbehalten (§§ 672, 673). Es ist nicht gestattet, daß zwei oder mehrere Personen ein

---

[17]) Vgl. Stölzel in Gruchots Beiträgen Bd. 23 S. 326.

und dasselbe Individuum an Kindesstatt annehmen. Nur Eheleute können gemeinschaftlich ein Kind adoptiren (§ 687).

Der Vormund kann sein Mündel nach preußischem Rechte adoptiren. In diesem Falle wird ein Pfleger bestellt (vgl. Koch a. a. O. Bd. 4 S. 1119).

Früher wurde die Frage verneint, ob zwischen Juden und Christen Adoption zulässig sei, da sie über einander nicht einmal Vormundschaften führen konnten.[18]) Letzterer Grund ist weggefallen (vgl. § 19 der Vormundschaftsordnung), daher wird die Frage jetzt zu bejahen sein (vgl. auch Gesetz vom 3. Juli 1869 (B.G.Bl. S. 292).

Nach römischem Recht hindern eigene Deszendenten nicht an der Annahme an Kindesstatt; man kann daher auch seinen leiblichen Enkel adoptiren. Das Landrecht bestimmt dagegen, daß der Adoptirende keine ehelichen[19]) Nachkommen am Leben haben dürfe. Eine Dispensation von dieser Vorschrift ist unzulässig. Wie schon oben bemerkt, soll nach der Absicht der Redaktoren die Adoption nur einen Ersatz der Elternfreude an leiblichen Kindern bilden. Die Rücksicht auf das durch die Adoption zu befördernde Wohl des Adoptivkindes tritt gegen diesen Gesichtspunkt zurück, weil dem Kinde regelmäßig die mit der Adoption verbundenen Wohlthaten (Erziehung, Pflege, Vermögenszuwendungen und selbst der Familienname des Annehmenden) auch ohne Adoption zugewandt werden können. So bemerkt auch v. Grolmann unter dem Beifall von Svarez: Gesetzesrev. Pens. XV zu § 275 d. E. „Was brauchen mit Kindern gesegnete Eltern zu adoptiren? Wollen sie einem Dritten Wohlthaten erweisen, so mögen sie dies auch ohne Adoption thun."

Bei der Redaktion des Landrechts wurde von verschiedenen Monenten vorgeschlagen, man solle die Adoption erlauben in folgenden Fällen:

1. wenn bloß weibliche Deszendenten vorhanden sind;
2. wenn die Deszendenten in Raserei oder Blödsinn verfallen sind;

---

[18]) Das Plenum des Kammergerichts (Präj. Nr. 53) nahm in seinem Beschlusse v. 16. März 1853 an, daß die Adoption eines Christen durch einen Juden selbst unter der Voraussetzung nicht für statthaft erachtet werden könne, daß der letztere der natürliche Vater des zu Adoptirenden ist.

[19]) Man wird in dem Falle, wenn Eheleute oder eine gewesene Ehefrau innerhalb 302 Tage nach Beendigung der Ehe adoptiren wollen, ein Attest über nicht vorhandene Schwangerschaft fordern müssen. Die diesbezügliche Untersuchung muß möglichst kurze Zeit vor der Bestätigung des Adoptionsvertrages erfolgen.



3. wenn sie mit epileptischen oder anderen Zufällen behaftet sind, welche ihre Verheirathung und die Fortpflanzung ihres Geschlechtes unmöglich oder unwahrscheinlich machen;

4. wenn sie sich so aufgeführt, daß sie mit Recht enterbt werden können;

5. wenn sie verschollen, obgleich noch nicht für todt erklärt worden sind.

Allein diese Vorschläge blieben jedoch sämmtlich unberücksichtigt.

Durch das Vorhandensein unehelicher Kinder wird die Adoption nicht gehindert. Dagegen schließen durch nachfolgende Ehe oder durch Hofreskript legitimirte Kinder die Adoption aus, weil dieselben nach § 596 u. 603 A.L.R. II. 2 den ehelichen Kindern durchweg gleichstehen. Derjenige, welcher schon Kinder adoptirt hat, ist nicht gehindert, noch weiter zu adoptiren. Auch ist die Adoption mehrerer Personen auf einmal gestattet.[20]) Dagegen ist die Frage, ob man zwei miteinander verheirathete Personen adoptiren könne, mit Rücksicht auf den auch für das preußische Recht maßgebenden Grundsatz: adoptio imitatur naturam zu verneinen. Aus demselben Grunde können sich auch Geschwister (weder voll- noch halbbürtige) gegenseitig nicht adoptiren.

Die Adoption wird nicht hinfällig, wenn der Adoptirende später leibliche Kinder bekommt (§ 693).

Was sodann das Adoptivkind anbetrifft, so ist unbedingt die Einwilligung des Vaters desselben erforderlich, gleichgültig ob der zu Adoptirende noch unter väterlicher Gewalt steht oder nicht. Dies ist auch die Absicht der Redaktoren gewesen, wie sich aus einer Revisionsbemerkung zum ungedruckten Entwurf ergiebt. Svarez wirft nämlich daselbst die Frage auf: „Hat der adoptandus einen Vater am Leben, ist aber ex patria potestate heraus, so fragt es sich: ob der Konsens des Vaters erforderlich sei? und beantwortet diese Frage dahin: „Ich glaube quod sic! weil sublata p. pot. noch gewisse Folgen derselben übrig bleiben. Bei der Revision des gedruckten Entwurfs kam die Frage wieder zur Sprache und namentlich hielt v. Grolmann die Einwilligung des Vaters bei einem selbständigen großjährigen Kinde für überflüssig. Svarez entgegnete indessen: „Es scheint mir aber doch eine Pflicht des Respekts zu sein, sowie beim Konsens zum Heirathen." (Bornemann a. a. O. Bd. 5 S. 381).

---

[20]) Vgl. Hassenstein in Gruchots Beiträgen Bd. 19 S. 474.

Der Konsens der leiblichen Mutter ist dagegen nicht erforderlich; auch hat der Mangel desselben keinerlei rechtliche Folgen, etwa in Bezug auf das Erbrecht des Kindes. Bei minderjährigen vaterlosen Personen bedarf es der Einwilligung des Vormundes unter vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung.[21]) Es wird also in solchem Falle ein Gegenvormund zu hören sein. (Vgl. § 55 der Vorm.O.)[22]) Der Vater kann auch in der im § 17 Nr. 2 Vorm.O. bestimmten Form den Vormund von der Nothwendigkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Adoption nicht befreien. § 47 a. a. O.

Da das Landrecht es nirgends vorschreibt, so ist auch zur Adoption einer Ehefrau die Genehmigung des Ehemannes nicht erforderlich.[23])

Nach römischem Recht ist bei der Adoption der Konsens des Kindes nicht nothwendig, es reicht hin, wenn es nur nicht widerspricht. Bei der Arrogation hingegen ist dessen ausdrücklicher Konsens erforderlich, daher kann auch nach neuerem römischen Recht ein infans nicht arrogirt werden. Zur Adoption ist nach preußischem Recht der selbständige Konsens des Kindes erforderlich, wenn es das 14. Lebensjahr zurückgelegt hat. In den früheren Auflagen des Förster'schen Lehrbuches wird der landrechtliche Ausdruck „Unmündigkeit" (§ 678 a. a. O.) von Minderjährigkeit verstanden. Dies ist nicht gerechtfertigt, denn das A.L.R. definirt im § 25 I. 1 das Alter der Unmündigkeit, als das bis zu 14 Jahren. Es bedarf besonderer Gründe, wenn man annehmen soll, daß das Landrecht hier ungenau gesprochen habe, solche sind aber nicht beigebracht. (Vgl. Förster-Eccius a. a. O. Bd. 4 S. 141.)

Auch uneheliche Kinder können durch ihren natürlichen Vater adoptirt werden.[24]) Nach römischem Recht war diese Frage bestritten, weil uneheliche Kinder legitimirt werden können. Die Redaktoren

---

[21]) Vormundschaftsordnung § 42 Nr. 2. A.L.R. II. 2 § 680.

[22]) In einer vermögenslosen Sache bedarf es nicht der Anhörung eines Gegenvormundes (§ 26 Abs. 2 der Vorm.O.). Vgl. Johow, Entscheidungen Bd. 5 S. 288. Durch die obervormundschaftliche Genehmigung der Annahme an Kindesstatt wird die gesetzlich vorgeschriebene gerichtliche Bestätigung eines Adoptionsvertrages nicht ersetzt. Johow, Jahrbücher d. Appell. Ger. Bd. 6 S. 59.

[23]) Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 4 S. 379.

[24]) Koch a. a. O. Bd. 3 S. 439 meint zwar zum § 677 a. a. O. ein: Bedürfniß sei nicht zu dieser Anwendung des Instituts. Mit Recht bemerkt dagegen Dernburg a. a. O. Bd. 3 S. 196 Anm. 9; „Diese Anwendung ist gerade eine häufige und auch nicht selten zweckentsprechende."

des Landrechts haben die Zulässigkeit der Adoption auch in diesem Falle nicht bezweifelt, wie aus einer Revisionsbemerkung von Svarez zum ungedruckten Entwurf hervorgeht, worin er äußert:

„Ich werde die Adoption eines impuberis, qui sui juris est, garnicht zulassen, außer in dem einzigen Falle, wenn der, der adoptiren will, zugleich der pater illegitimus ist.“ (Vgl. Bornemann a. a. O. Bd. 5 S. 381.) Auch der Justizminister bejaht die Frage (vgl. Reskript vom 17. März 1834 u. Mannkopff's A.L.R. Bd. 3 S. 254).

Soll ein Ausländer adoptirt werden, so muß vor der Bestätigung des Adoptionsvertrages die Bezirksregierung, jetzt der Regierungspräsident (vgl. Ges. v. 30. Juli 1883 (G.S. S. 195) § 18) darüber gehört werden, ob der Aufnahme desselben in die diesseitige Staatsangehörigkeit etwas entgegensteht.[25]) (Reskript v. 25. Januar 1838 Centralblatt 1838 S. 171.) Unter einem Ausländer ist jeder Nichtpreuße zu verstehen.

§ 5.

Wirkungen der Adoption, insbesondere in Ansehung der Person.

In der Revision zum ungedruckten Entwurf war Svarez der Meinung:

a) daß zwischen dem Adoptivvater und dem Adoptivkinde alle und jede Verhältnisse wie zwischen einem leiblichen Vater und Kinde entstehen und eben diese Verhältnisse zwischen dem natürlichen Vater und Sohn gänzlich aufhören;

b) daß der Adoptatus durch die Adoption weder aus seiner Familie heraus-, noch in die des Adoptanten hineintrete.

Nur der zweite Satz ist bei der Redaktion angenommen, der erste dagegen verworfen worden, indem man vielmehr davon ausging, 1. daß die Adoption dem Adoptivkinde nur zum Vortheil niemals zum Nachtheil gereichen dürfe und folglich das gesetzliche Erbrecht an dem Vermögen des natürlichen Vaters ihm vorbehalten bleibe; 2. daß der Adoptivvater, da die Adoption nicht aus gewinnsüchtigen Absichten geschehen soll, nur die persönlichen Rechte eines leiblichen Vaters über ein Kind erlange, ein Erbrecht an dem Nachlaß desselben dagegen nicht ansprechen dürfe; 3. daß der natürliche

---

[25]) Dernburg a. a. O. Bd. 3 S. 196 Anm. 10 hält diese Bestimmung für aufgehoben. Vgl. dagegen Koch a. a. O. Bd. 3 S. 438 u. J.M.Bl. 1886 S. 53.

Vater, mit dem Aufgeben der väterlichen Gewalt auch den Nießbrauch des Vermögens des Kindes verliere, sein gesetzliches Erbrecht aber ihm vorbehalten bleibe. (Bornemann, a. a. O. Bd. 5 S. 382.)

Aus den Bestimmungen des Landrechts ergiebt sich im einzelnen Folgendes:

Das angenommene Kind erhält den Namen des Addptivvaters. Die Umschreibung im Standesregister geschieht auf Antrag eines Betheiligten d. h. des Adoptirenden oder des Adoptirten und zwar am Rande der über den Geburtsfall des Adoptivkindes vorgenommenen Eintragung (Reichsgesetz v. 6. Februar 1875 (R.G.Bl. S. 23 § 26). Zu dem Zwecke muß der schriftliche Adoptionsvertrag mit der Bestätigung des zuständigen Amtsgerichts vorgelegt werden (Hinschius Kommentar z. Personenstandsgesetz beim § 26). Um jedoch eine Verdunkelung der ihm seiner natürlichen Familie gegenüber zustehenden Rechte zu verhüten, ist es dem Adoptivkinde gestattet, mit dem Namen des Adoptivvaters seinen eigenen Familiennamen zu führen. Die Verbindung beider Namen geschieht nicht gleichförmig. Gewöhnlich ist es, daß man den Namen des Adoptivvaters voraussetzt und den eigenen Familiennamen entweder unmittelbar oder mittelst des Wortes „genannt" anhängt, z. B. Schmidt-Cabanis oder Schmidt gnt. Cabanis.

Der § 683 bestimmt ferner, daß das Adoptivkind auch den Stand des Adoptivvaters erhalte, soweit der letztere den leiblichen Deszendenten zu Theil wird. Da nun aber der Fall, in dem der Annehmende adelig und der Angenommene bürgerlicher Herkunft ist, im § 684 besonders behandelt wird und sonstige Unterschiede des Geburtsstandes heutzutage nicht mehr bestehen, so hat der § 683 keine praktische Bedeutung mehr. Die §§ 701 u. 702 II. 2 haben nicht nach rechtlich bestimmten Merkmalen geschiedene Stände im Auge. (Vgl. Bülow im J.M.Bl. von 1878 S. 98.)

Die Staatsangehörigkeit des Adoptivvaters wird dem Adoptivkinde durch die Adoption allein nicht erworben. Es bedarf dazu noch der Naturalisation bezw. Aufnahme (Bundesgesetz v. 1. Juni 1870 (B.G.Bl. S. 355) § 2 Abs. 2).

Soll der Adel des Adoptirenden auf das Adoptivkind übergehen, so kann dies nur in Folge landesherrlicher Begnadigung geschehen.[26]) Letztere ist nicht allein erforderlich, wenn das Adoptiv-

[26]) Im § 366 A.L.R. I. 18 wird bezüglich der Lehen für den Erwerb des Adels der betreffenden Familie noch der Konsens der Agnaten erfordert.

kind bürgerlicher Herkunft, sondern auch, wenn es selbst adelig ist. Zur Gültigkeit des Adoptionsvertrages genügt auch hier die gerichtliche Bestätigung und nur die Wirkung, daß der Angenommene in den Stand des annehmenden Vaters eintritt, ist von der landesherrlichen Gnade abhängig gemacht. Daß die richterliche Kognition auch wo die Verbindung einer Adelsverleihung in Frage steht, nicht ausgeschlossen sei, darauf deutet entschieden nicht allein die Wortfassung, sondern auch die äußere Anordnung der landrechtlichen Vorschriften, indem unter dem Marginale: „Wie die Adoption geschehen könne“ — §§ 666 u. 667 a. a. O. die Schriftlichkeit und gerichtliche Bestätigung des Vertrages voranstellen, und erst die §§ 682 ff. unter dem Marginale: „Wirkungen der Adoption“ über Namen und Stand nähere Bestimmung treffen. Passender wäre daher der Anhangs-§ 100 hier, statt bei § 667 einzuschalten gewesen. Eben dieses ist ersichtlich der von dem Justizminister eingenommene Standpunkt, worüber seine Bescheide keinen Zweifel lassen. (Vgl. Hassenstein in Gruchot's Beiträgen Bd. 19 S. 735.)

Die königliche Begnadigung, von welcher der § 684 a. a. O. spricht, ist nicht eine Genehmigung der Adoption, sondern ein mit Rücksicht auf die stattgehabte Adoption und aus Veranlassung derselben vom Landesherrn besonders bewilligter Gnadenakt. Das Verfahren ist demgemäß auch dieses, daß nachdem die Annahme an Kindesstatt bestätigt und bezw. genehmigt worden ist, der Minister des Königlichen Hauses und der Justizminister wegen des Antrages auf Adelsverleihung gemeinschaftlich Immediatbericht erstatten.[27])

Will jedoch ein Adliger einen Bürgerlichen ohne Mittheilung des Adels und Wappens adoptiren, so ist ein Immediatbericht nicht erforderlich. Allerdings kann diese Auffassung nach dem Wortlaut des Anhangs § 100 zweifelhaft erscheinen, da es nach letzterem stets einer Berichterstattung bedarf, wenn der Adoptirende von Adel und der Adoptirte von bürgerlicher Herkunft ist. Das Reskript vom 12. November 1801, aus welchem der Anhangs-§ 100 entnommen ist, enthält in der Nummer 2 vor dem Wort „adligen“ das Wort „anderen“. Durch die auf einem Versehen beruhende Auslassung des letzteren ist nun der Schein entstanden, als ob es die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, daß es der landesherrlichen Begnadigung auch dann bedürfe, wenn der Adoptirte nach dem Ver-

---

[27]) Bülow a. a. O. S. 106.

trage nicht den adligen Stand des Adoptivvaters erhalten soll. In verschiedenen Reskripten ist aber anerkannt, daß das nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sei, und in diesem Sinne spricht sich auch die (mittelst Reskripts vom 19. Dezember 1843 mitgetheilte) Kab.O. vom 16. Dezember 1843 (nur im J.M.Bl. 1843 S. 306 publizirt) aus. Soll der Adel nicht übergehen, so erhält das Adoptivkind einfach den Namen des Adoptivvaters ohne Adelsprädidikat. Dasselbe muß gelten, wenn die königliche Genehmigung zur Adelsführung nicht ertheilt wird. Die Ablehnung der Adelsverleihung kann doch schwerlich dahin führen, die Rechtsbeständigkeit des ganzen Adoptionsaktes in Frage zu stellen. Es handelt sich dabei im Grunde speziell um die dem Allerhöchsten Ermessen vorbehaltene Wahrung der Rücksicht, daß der Adel vor ungehörigen Elementen reingehalten wird — einer Rücksicht, die in der preußischen Gesetzgebung mehrfach hervortritt und auch, nachdem im Prinzip die Standesvorrechte abgeschafft sind, immer noch festgehalten wird. Für den Adoptionsakt an sich liegt darin offenbar kein essentiale negotii, sondern ein Nebenpunkt, dessen Hinfälligkeit nach der hier zutreffenden Regel: „utile per inutile non vitiatur" den Bestand des Geschäfts in der Hauptsache nicht alterirt. (Vgl. Hassenstein a. a. O. S. 735.)

Wie durch die Adoption das Kind ohne Weiteres den Namen des Vaters erhält, so ist auch diese Rechtsfolge bei der Adoption durch einen Adligen ohne Adelsübertragung nicht ausgeschlossen und vollzieht sich hier einfach in der Weise, daß dem Kinde der Familienname des Adoptivvaters jedoch ohne Adelsprädikat — also ohne Vorsetzung des Wortes: „Fürst", „Graf" oder „von" — beigelegt wird. Hiermit im Einklang wird im § 684 nur die Erlangung der „Vorrechte und Unterscheidungen" des Adels für den Adoptirten von der besonderen landesherrlichen Begnadigung abhängig gemacht. Wenn im Anhangs-§ 100 von der Annahme des „adligen Namens" die Rede ist, so muß das Gewicht auf das Beiwort „adelig" gelegt werden. Der Namen des Adoptivvaters wird als unadliger dem Adoptivkind ohne landesherrliche Verleihung erworben.

In dem Falle, wenn ein Adliger einen Adligen adoptirt und dazu die Allerhöchste Bestätigung nicht nachgesucht oder abgelehnt ist, wird das Adoptivkind — neben dem Familiennamen des Adoptivvaters ohne Adelsprädikat — den eigenen adligen Namen zu führen haben (Hassenstein a. a. O. S. 738). Ist ein bürgerliches Adoptivkind in Folge landesherrlicher Begnadigung in den Adelsstand er-

hoben, so bleibt es ihm unbenommen, neben dem adligen Namen noch den eigenen bürgerlichen Familiennamen weiterzuführen. Hassenstein ist der Ansicht, daß das Adoptivkind seinen bisherigen Familiennamen außer dem Falle des § 685 nicht ohne höhere Erlaubniß gemäß Kab.O. vom 15. April 1822 und Erlaß vom 12. Juli 1867 fortführen dürfe. Dies ist jedoch nicht für zutreffend zu erachten, denn die Verdunkelung der Famlienrechte, welche der § 713 verhüten soll, ist in adligen Familien ebensogut möglich, wie in bürgerlichen. Ist der Adoptivvater bürgerlichen Standes und der Angenommene adliger Herkunft, so verliert letzterer nicht die Rechte des Adels; er ist aber verpflichtet, außer dem Namen des Adoptivvaters zugleich seinen adligen Familiennamen zu führen (§ 685).

Hat eine Person weiblichen Geschlechts Jemanden adoptirt, so erhält derselbe den Geschlechtsnamen der Mutter. Ist letztere von Adel und soll ihr Adel auf das Kind übergehen, so ist gleichfalls landesherrliche Begnadigung erforderlich. Wenn eine Wittwe adoptirt und das Adoptivkind den Namen[28]) des gewesenen Ehemannes der Adoptivmutter erhalten soll, so ist zunächst erforderlich, daß die Verwandten des Ehemannes nicht widersprechen, und sodann Bewilligung des zuständigen Regierungspräsidenten. An Stelle der landesherrlichen Begnadigung, welche der § 689 erfordert, ist die Genehmigung des Justizministers in Folge der Allerh. Kab.O. vom 16. Juli 1805 (N.C.C. XI. S. 2965) getreten. Viele Schriftsteller[29]) halten den Konsens des Justizministers auch jetzt noch für erforderlich, allein mit Unrecht. Das Justizministerium und das Ministerium des Innern nehmen übereinstimmend an (vgl. Act. gen. A. 12 Vol. 2 fol. 51 v III. 2515/70), daß der Allerh. Erlaß vom 12. Juli 1867 (G.S. S. 1310), durch welchen die Befugniß zur Ertheilung der gesetzlich erforderlichen Genehmigung von Namensänderungen den Bezirksregierungen beigelegt ist, auch die Fälle des § 689 mitumfaßt.[30]) An die Stelle der Regierungen ist der Regierungspräsident getreten. (Vgl. Ges. vom 30. Juli 1883 (G.S. S. 195) § 18.)

Die persönlichen Rechte und Pflichten, welche aus dem Elternverhältniß entspringen, bestehen auch zwischen den Adoptiveltern und dem angenommenen Kinde. Hat die Ehefrau des Adoptivvaters nicht

---

[28]) Bezüglich des „Standes" wird auf die Bemerkung zum § 683 S. 508 verwiesen.

[29]) Z. B. Koch a. a. O. Bd. 3 S. 440.

[30]) Ebenso Bülow a. a. O. S. 99.

mit adoptirt, so steht sie zu dem Adoptivkinde nur in dem Verhältnisse einer Stiefmutter. Ist die Adoptivmutter eine unverheirathete Frau, so hat sie dem Adoptivkinde gegenüber alle Rechte und Pflichten einer leiblichen Mutter (§ 690).

Der Adoptivvater soll nach dem Landrecht die väterliche Gewalt über das Adoptivkind haben[31]) (§ 716); jedoch ist dieselbe in ganz erheblicher Weise eingeschränkt.

Die Adoptiveltern haben das Erziehungs-[32]) und Züchtigungsrecht, sie bestimmen die Religion des Kindes bis zum 14. Lebensjahre (vgl. Anhang § 104 zu § 754 A.L.R. II. 2, auch Dernburg a. a. O. Bd. 3 S. 197 Anm. 7). Auch die Wahl des Lebensberufes beruht bei den Adoptiveltern; ebenso haben sie ein Recht auf häusliche Dienste des Adoptivkindes, §§ 108 ff. und § 121 ff. II. 2. Ferner liegt den Eltern ob, die Adoptivkinder auszustatten und zu alimentiren, § 692. Aber auch das Kind ist seinen Adoptiveltern gegenüber erforderlichenfalls zur Alimentation verpflichtet. Uebrigens besteht die gegenseitige Alimentationsverbindlichkeit auch zwischen dem Kinde und seinen natürlichen Eltern fort (§ 712), die Adoptiveltern haben jedoch in erster Linie das Kind zu alimentiren, erst wenn diese dazu außer Stande sind, kommen die natürlichen Eltern an die Reihe. Sind sowohl die Adoptiv- als auch die leiblichen Eltern alimentationsbedürftig, so hat das Adoptivkind nicht etwa beiderlei Eltern verhältnißmäßig zu unterstützen, sondern zunächst die Adoptiveltern, denn diese, welche an Stelle der natürlichen Eltern getreten sind, stehen in einem näheren Verbande zu dem Adoptirten, als jene.

Alle den leiblichen Eltern in der Vorm.O. vom 5. Juli 1875 eingeräumten Rechte z. B. Bestellung von Vormündern, Befreiung von der Rechnungslegung u. s. w. besitzen auch die Adoptiveltern.[33])

Nur die Adoptivmutter entbehrt mancher Rechte. Sie gehört

---

[31]) Daher erlischt die bisher über das Adoptivkind etwa geführte Vormundschaft (§ 61 VormO.). Wegen der Pflegschaft über das Vermögen des Adoptivkindes s. S. 534.

[32]) Der Adoptivmutter gebührt das Erziehungsrecht nach § 28 d. Vorm.O. und §§ 684 u. 692 in Verbindung mit § 74 A.L.R. II. 2 Nach dem Tode des Adoptivvaters hat nicht dessen nicht mit adoptirt habende Wittwe das Erziehungsrecht, sondern die leiblichen Eltern. Wenn, wie so häufig, das Kind durch die Adoption in eine viel höhere Lebenssphäre gehoben war, wird dies wenig angemessen sein.

[33]) Auch der leibliche Vater kann Vormünder bestellen und dieselben befreien. Im Konkurrenzfalle geht natürlich die Bestellung des Adoptivvaters vor.

nicht zu den nach § 17 Vorm.O. zum Vormunde berufenen Personen. Dernburg a. a. O. Bd. 3 S. 245 nimmt allerdings das Gegentheil an, interpretirt dabei aber den § 17 Abs. 1 durchaus falsch. Aber auch die natürliche Mutter ist nicht berufen als Vormünderin § 17 Nr. 3 a. a. O.[34]) Hingegen ist die Adoptivmutter nicht unfähig, über ihr Adoptivkind die Vormundschaft zu führen (§ 21 Abs. 2 a. a. O.). Nur der Adoptivvater hat den Konsens zur Verheirathung des Adoptivkindes zu ertheilen.[35]) Der Adoptivmutter ist nicht dasselbe Recht eingeräumt. Es steht vielmehr beim Wegfall des Adoptivvaters die Ertheilung des Heirathskonsenses den natürlichen Eltern zu. Jedoch ist dies auch unter der Herrschaft des Personenstandsgesetzes von 1875 nicht unbestritten. Dernburg a. a. O. Bd. 3 S. 44 nimmt das Gegentheil an. Auch früher war man bezüglich der Frage, ob auch die Adoptivmutter bei Ertheilung des Heirathskonsenses an die Stelle des leiblichen Vaters trete oder welche Rechte sonst sie erlange, getheilter Meinung. Die Meisten verneinten die erste Frage. Was die zweite anbetrifft, so ließen einige die Adoptivmutter an Stelle der leiblichen Mutter treten (vgl. Koch a. a. O. 5. Aufl. Bd. 3 Anm. 71 zu § 47 A.L.R. II. 1; Sutro, Anwaltsztg. von 1862 S. 82). Andere wollten ihr überhaupt kein Konsensrecht geben (vgl. Hinschius, Komm. z. preuß. Gesetz vom 9. März 1874 S. 124; Stölzel, Pr. Eheschließung S. 13). Durch das Reichsgesetz sind diese Kontroversen beseitigt, indem es offensichtlich im § 31 nur den Adoptivvater, nicht aber auch die Adoptivmutter im Auge hat.[36]) Dies ergiebt sich zwar nicht aus dem Worte „derjenige", wohl aber aus dem zweiten Satze des § 31, womit auch die Motive stimmen (Drucks. des Reichstages 1874/75 III. Nr. 153). Der Adoptivvater hat in derselben Weise wie ein natürlicher Vater das Recht, die ohne seinen Konsens eingegangene Ehe des Adoptivkindes anzu-

[34]) Dies obgleich die Mutter keine Stimme hat, wenn der Vater ihr Kind zur Adoption giebt. Das Gesetz wurde bestimmt dadurch, daß das Kind oft in eine ganz verschiedene Lebensstellung tritt.

[35]) Reichsgesetz v. 6. Februar 1875 (R.G.Bl. S. 23) § 31.

[36]) Vgl. Goldenring in Gruchots Beiträgen Bd. 21 S. 668. Angemessen wäre es allerdings, wenn das Gesetz auch der Adoptivmutter das Konsensrecht einräumte. Denn sie ist es, welche das Kind erzieht und für dasselbe gesorgt hat, die natürlichen Eltern haben das Kind aufgegeben, oft nur um eines Geldäquivalentes willen. Sie sind häufig in anderen Lebensstellungen, als das Kind und ihre Einwilligung wird sich nicht immer durch die entsprechendsten Motive leiten lassen.

fechten.[37]) Da in dem § 694 A.L.R. II. 1 nur des „leiblichen“ Vaters gedacht wird, so haben manche z. B. Schmidt, preuß. Familienrecht S. 45, den Mangel des Konsenses des Adoptivvaters nur als aufschiebendes Ehehinderniß betrachten wollen. Jedoch mit Unrecht. Das Gesetz erklärt alle nicht konsentirten Ehen für ungültig (§ 972 a. a. O.) und nimmt ausdrücklich nur den Fall aus, da das Kind selbständig oder großjährig ist. Die Regel bildet also die Ungültigkeit und nicht die Gültigkeit der nicht konsentirten Ehe. In Ermangelung ausdrücklicher Bestimmungen muß angenommen werden, daß hinsichlich des Adoptivvaters, welcher an Stelle des leiblichen tritt und überhaupt alle Rechte eines solchen haben soll (§ 681 A.L.R. II. 2), dieselben Bestimmungen wie hinsichtlich des leiblichen gelten. Aus den Materialien ergiebt sich auch nach Mittheilung des Gesetzesrevisors S. 473 nicht, daß man die Vorschrift absichtlich auf den leiblichen Vater beschränkt habe, und scheint somit eine Vergeßlichkeit obzuwalten, zumal wenn man berücksichtigt, daß das Landrecht sich hier dem römischen Recht genähert hat (vgl. Sutro a. a. O. S. 84). Daraus, daß in dem zitirten § 972 nur die §§ 45, 49, 50—52 II. 1 allegirt sind, kann gegenüber dem deutlichen Inhalt des Paragraphen umsoweniger etwas gefolgert werden, als die allegirten Paragraphen die einzelnen Kategorien der Konsensberechtigten enthalten (Vater, Mutter, Großeltern, Vormund), während die übrigen Paragraphen die Einzelbestimmungen verordnen; statt § 52 sollte sicherlich § 53 allegirt sein (vgl. Goldenring a. a. O. S. 668 ff).

Die Ehe ohne Konsens der Eltern kann, auch wenn sie nicht angefochten wird, einen vermögensrechtlichen Nachtheil im Gefolge haben. Der Adoptivvater hat nämlich das Recht, das Kind bis auf die Hälfte seines Pflichttheils zu enterben. Der Adoptivmutter steht dies Recht nicht zu.[38]) Die Adoptiveltern haben das Enterbungsrecht nur, wenn sie die Konsensberechtigten sind.

Blutschande ist natürlich zwischen Adoptiveltern und -Kindern nicht möglich. Das Str.G.B. § 174 bestraft jedoch diejenigen Adoptiveltern mit Zuchthaus, welche mit ihren Kindern unzüchtige Handlungen vornehmen.

Die Ehe ist verboten zwischen Personen, deren eine die andere an Kindesstatt angenommen hat, so lange dieses Rechtsverhältniß

---

[37]) A. M. Förster-Eccius a. a. O. Bd. 4 S. 15.

[38]) Ob es ihr früher zustand, war sehr bestritten. (Vgl. Bornemann a. a. O. Bd. 5 S. 66, Sutro a. a. O. S. 84.)

dauert (Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 33 Nr. 4). Hieraus folgt, daß der Adoptirte mit den nächsten Blutsverwandten und selbst mit der Ehegattin des Adoptirenden, falls dieselbe das Kind nicht mit adoptirt hat, eine gültige Ehe schließen kann. Ersteres ist ganz folgerichtig, da der Adoptirte mit den Kindern der Adoptirenden nicht in ein geschwisterliches Verhältniß tritt (§ 709). Letzteres scheint dagegen mit den §§ 5 u. 6 A.L.R. II. 2, jetzt § 33 des Reichsgesetzes, nicht zu harmoniren, da die Ehefrau des Adoptivvaters gesetzlich als die Stiefmutter des Adoptivkindes betrachtet wird (§ 680). Erwägt man indessen, daß selbst die Ehe mit dem Adoptivvater nach aufgehobener Adoption für zulässig erachtet wird, so kann umsoweniger gegen die Ehe mit der Ehefrau des letzteren ein Bedenken entstehen, da einer solchen der Tod des letzteren oder die Scheidung nothwendig vorhergehen, mithin zuvörderst eine Auflösung des bisherigen Verhältnisses eintreten muß (vgl. Bornemann a. a. O. Bd. 5 S. 23 und Dernburg a. a. O. Bd. 3 S. 198 Anm. 13). Personen, welche dieselben Adoptiveltern haben, können mit einander sich verheirathen, falls nicht etwa die naürliche Verwandtschaft derselben untereinander die Ehe verbietet.

Hinsichtlich der rechtlichen Folgen einer gegen die Bestimmung des § 33 Nr. 4 a. a. O. geschlossenen Ehe sind die Vorschriften des Landrechts maßgebend (§ 36 a. a. O.). Nach § 969 A.L.R. II. 1 ist die Ehe zwischen dem Adoptirenden und dem Adoptirten ungültig und zwar solange, bis die Adoption auf gesetzliche Weise wieder aufgehoben ist. Ist das Adoptivkind großjährig, so hat dasselbe die Ungültigkeitsklage binnen 6 Monaten nach Abschluß der Ehe. Stölzel ist in der Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 17 S. 73 der Meinung, ein Verzicht des großjähigen Ehegatten auf die Anfechtung beseitige sein Recht nicht, innerhalb der Frist die Ungültigkeitsklage anzustellen. Diese Ansicht — so bemerkt Dernburg a. a. O. S. 49 Anm. 22 mit Recht — entspricht allgemeinen Grundsätzen nicht und ist aus den Gesetzen nicht zu begründen. Ist dagegen das angenommene Kind minderjährig, so ist demselben ein Pfleger zu bestellen. Dieser hat unter Aufsicht des Vormundschaftsgerichts genau zu prüfen, ob die Pflegebefohlene zur Fortsetzung der Ehe geneigt und dieselbe ihr zuträglich ist (§§ 985 u. 978). Findet sich das Gegentheil, so muß auf Auflösung der Ehe geklagt werden; im umgekehrten Fall soll zwar die Anfechtung der Ehe nicht erfolgen, ihre Gültigkeit bleibt aber doch suspendirt, und dem Adoptivkinde das Recht vorbehalten,

die Ehe binnen 6 Monaten nach erlangter Großjährigkeit anzufechten (§§ 980 u. 984).

Stölzel a. a. O. Bd. 17 S. 100 unterstellt tiefgreifende Aenderungen der Bestimmungen der §§ 985 ff. A.L.R. II. 1. Er leitet aus § 51 Abs. 1 C.P.O., welcher besagt: „Eine Person ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann", her, daß nunmehr auch minderjährige Ehemündige selbständige Parteien in Ehestreitigkeiten seien. Das ehemündige Adoptivkind habe mithin jetzt selbst zu klagen, also auch darüber selbständig zu befinden, ob es die Klage anstellen will. Nur dem minderjährigen, noch nicht ehemündigen Adoptivkinde sei ein Pfleger zu bestellen, welcher aber die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts zur Ungültigkeitsklage nicht einzuholen habe, da der § 978 A.L.R. II. 1 durch §§ 42 bezw. 102 der Vorm.O. beseitigt sei.

Diese Ausführungen Stölzels können jedoch nicht für zutreffend erachtet werden. Unter Verpflichtungsfähigkeit (§ 51 C.P.O.) ist natürlich selbständige Verpflichtungsfähigkeit zu verstehen. Der minderjährige Ehemündige aber kann die Ehe nicht gültigerweise schließen ohne Einwilligung des Vaters bezw. des Vormundes. Er ist mithin auch nicht selbständig bezüglich der Ehe prozeßfähig. Das großjährige Hauskind ist freilich auch an die Einwilligung des Vaters bei Schließung der Ehe bis zum 25. bezw. 24. Jahre gebunden. Seine Prozeßfähigkeit ist aber durch C.P.O. § 51 Abs. 2 besonders gewahrt. Was sodann die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 978) anbetrifft, so gehört die Frage, wer zur Anfechtung einer Ehe legitimirt ist, nicht bloß dem Vormundschaftswesen, sondern in erster Linie dem Eherecht an, bei welchem sie auch das Landrecht erledigt. Zudem erklärt § 48 der Vorm.O. ausdrücklich, daß die bestehenden Vorschriften über das Erforderniß der Einwilligung des Vormundschaftsgerichts zur Eheschließung des Mündels in Kraft bleiben. Hierin ist offenbar der Gedanke ausgedrückt, daß die Vorm.O. die Gestaltung des persönlichen Eherechtes überhaupt unberührt lassen wolle, weil dies auf dem Grenzgebiet liegt, und die Regelung der bezüglichen Fragen zu den grundsätzlichen Aufgaben einer Vormundschaftsordnung nicht gehört (vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 3 S. 26 Anm. 6; S. 49 Anm. 21).

Hat der Adoptivvater seine minderjährige Adoptivtochter geheirathet, die Fortsetzung der Ehe ist jedoch seitens der Pflegers und des Vormundschaftsgerichts gestattet worden, so verbleibt das Ver-

mögen der Frau dennoch unter der Verwaltung des Pflegers bis zur erlangten Volljährigkeit. Der Ehemann erhält von den Einkünften dieses Vermögens nur soviel, als zum standesgemäßen Unterhalte der Frau nothwendig ist. Auch sind alle Zuwendungen, welche die Frau zu Gunsten des Ehemannes vor erreichter Volljährigkeit sowohl unter Lebenden wie von Todeswegen vorgenommen hat, ungültig und werden erst durch eine spätere Wiederholung rechtsbeständig. Nach erlangter Volljährigkeit hängt es von dem freien Entschlusse der Frau ab, was sie von ihrem Vermögen dem Manne einbringen oder sich vorbehalten wolle (§ 985 in Verb. mit §§ 980—984 II. 1). Wird eine zwischen Adoptivvater und -Tochter oder zwischen Adoptivmutter und -Sohn geschlossene Ehe in der Folge gültig, so werden alle aus der Annahme an Kindesstatt wechselseitig entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten für erloschen angesehen (§ 989 II. 1).

Wird eine solche Ehe dagegen für nichtig erklärt, so verliert der Adoptirende alle aus der Adoption über die Person und das Vermögen des Adoptivkindes entstandenen Rechte; dagegen bleiben diesem die ihm auf das Vermögen des Adoptirenden, sei es Vater oder Mutter, sowohl unter Lebendigen als von Todeswegen zukommenden Ansprüche vorbehalten (§§ 987, 988). Der Gesetzesrevisor (Pens. XV. Mot. zu Abschn. 9 § 171—176 des Entwurfs S. 472—476) bemerkt, daß die §§ 987—988 bloß den Fall meinen, wenn der Adoptirende eine Mannsperson ist, obgleich nach § 674 A.L.R. II. 2 auch Weiber adoptiren können, daß aber die Materialien nicht ergeben, daß man einen Unterschied beabsichtigt hätte; man habe nur den umgekehrten Fall, daß ein Adoptivsohn seine Adoptivmutter heirathe, unberücksichtigt gelassen." Man wird mithin das in den erwähnten §§ für den Adoptivvater bezw. -Tochter Bestimmte auch auf die Adoptivmutter bezw. -Sohn zu beziehen haben (vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 3 S. 199 Anm. 18).

Zwischen dem Adoptivkinde und seinen leiblichen Verwandten bleiben die bisherigen Rechte und Pflichten bestehen, soweit sie nicht wie die väterliche Gewalt des leiblichen Vaters mit der Adoption unvereinbar sind (§ 712. A.L.R. II. 2).

Durch die Adoption treten die damals vorhandenen, wie die später erzeugten Abkömmlinge des Adoptivkindes gegen die Adoptiveltern in dasselbe Verhältniß wie leibliche Deszendenten. Unter den Abkömmlingen wird man nur eheliche bezw. den ehelichen gleichzu-

achtende Kinder zu verstehen haben, da uneheliche Kinder nur mit ihrer Mutter verwandt sind (§ 639 A.L.R. II. 2).

Zwischen dem angenommenen Kinde und der Familie des Adoptirenden aber entsteht in Folge der Adoption gar keine Familienverbindung, sodaß auch die später geborenen eheleiblichen[39]) oder später adoptirten Kinder nicht in das Verhältniß von vollbürtigen oder halbbürtigen Geschwistern zu dem angenommenen Kinde treten (§§ 708, 709). Soll ein Verwandtschaftsverhältniß zwischen diesen Personen herbeigeführt werden, so muß das durch einen besonderen Familienvertrag geschehen (§ 710).

§ 6.
Wirkungen der Adoption in Ansehung des Vermögens des Adoptirenden und des Adoptivkindes.

Die Vermögensrechte der Eltern gegenüber leiblichen Kindern haben jedoch Adoptiveltern gegenüber ihrem angenommenen Kinde nicht (§ 694). Es steht ihnen weder der Nießbrauch an dem Vermögen des Kindes noch ein Erbrecht an dem Nachlaß desselben zu. Auch die Unkosten, welche ihnen durch die Adoption verursacht worden, können sie, wenn das Kind vor ihnen versterben sollte, aus dessen Nachlaß nicht zurückfordern, da das Gesetz ihnen das Recht darauf nirgends zugesprochen hat. Ein Monent wollte ihnen dasselbe zwar vorbehalten, v. Grolmann verwarf aber das Monitum, weil die Adoption ohne alle eigennützigen Absichten geschehen müsse, und Svarez hat dies Monitum ganz mit Stillschweigen übergangen (Bornemann a. a. O. Bd. 5 S. 383).

Der Adoptivvater kann auch nicht pupillariter substituiren.

Der Nachlaß des Adoptivkindes fällt, da durch die Adoption das natürliche Band der Verwandtschaft nicht aufgelöst wird, dessen Blutsverwandten nach den Regeln der Intestaterbfolge zu (§ 701).

Da der natürliche Vater die väterliche Gewalt verliert, so erlischt auch der Nießbrauch desselben an dem Vermögen des Kindes. Hier wirft sich nun die Frage auf, ob der natürliche Vater den Nießbrauch für immer oder nur solange, als der Adoptirende lebt, und die Adoption besteht, verliert. Bielitz, Kommentar Bd. 5 S. 610, bemerkt dazu: „Für die letzte Alternative spricht der Umstand, daß

[39]) Unter den „natürlichen" Kindern, von denen der § 709 spricht, sind „eheleibliche", nicht etwa „uneheliche" Kinder, die sonst „natürliche" genannt werden, zu verstehen.



nach einer anderen Gesetzesstelle der Vater die verlorene väterliche Gewalt nach aufgehobenem Grunde dieses Verlustes bloß in den §§ 255—258 A.L.R. II. 2 angegebenen Fällen nicht wieder erlangen soll (§ 259 II. 2), und daß nach dem Tode des Adoptirenden die Nothwendigkeit der Einwilligung des natürlichen Vaters zur Heirath des Adoptivkindes, wie bei nicht adoptirten Kindern wieder eintritt (Reskript vom 10. Januar 1803 bei Rabe Bd. 7 S. 291). Allein gleichwohl scheint die erste Alternative angenommen werden zu müssen, weil vermöge des § 715 die Wirkungen der Adoption nur bei einer förmlichen Aufhebung derselben wegfallen und weil der natürliche Vater durch die von ihm genehmigte Adoption freiwillig seine väterliche Gewalt aufgiebt, er sich mithin den Nießbrauch nach dem Tode des Adoptirenden ausdrücklich vorbehalten muß, wenn er denselben in diesem Falle wieder genießen will (§ 59 A.L.R. I. 4 u. § 377 I. 5).

Koch, Kommentar Bd. 3 S. 441, nimmt gleichfalls an, daß der leibliche Vater den Nießbrauch durch den Tod des Adoptivvaters nicht wiedererlange.

Das Adoptivkind verwaltet im Falle seiner Großjährigkeit sein Vermögen selbständig. Ist dasselbe noch minderjährig, so erhält es einen Pfleger. Weder der leibliche Vater noch der Adoptivvater ist vom Gesetz zur Pflegschaft berufen; es ist dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts überlassen, ob es einen derselben beruft. Der Berufene ist zu verpflichten. Die letzteren Sätze sind jedoch nicht unbestritten. Sehr viele Schriftsteller nehmen an, daß der leibliche Vater in dieser Eigenschaft die Verwaltung des Vermögens seines minderjährigen Kindes nach dessen Adoption behält, und daß dies Residuum der väterlichen Gewalt durch die Vormundschaftsordnung nicht aufgehoben sei (vgl. Rehbein und Reincke, A.L.R. Bd. 3 S. 217 Anm. 246 und Dernburg, Vormundschaftsrecht S. 146).

Der letztere Schriftsteller hat sich jedoch in seinem Lehrbuch des preuß. Privatrecht Bd. 3 S. 197 einer anderen Ansicht angeschlossen. Er sagt: Es verliert der leibliche Vater Nießbrauch und Verwaltung, wenn das angenommene Kind großjährig ist (§ 695); ist es minderjährig, so hört nur der Nießbrauch auf (§ 697), nicht die Verwaltung (§ 696); sie geschieht aber auf Rechnung des Kindes (§ 698). Dies ergiebt als Grundgedanken des Gesetzes, daß zwar Nießbrauch und Verwaltung des Vaters als solchen aufhören, daß er aber bezüglich des Vermögens des minderjährigen Kindes die gesetzliche Kuratel hat. Nach diesem Zusammenhange gehört die Vorschrift

des § 696 dem Vormundschaftswesen an und ist, da die Vormundschaftsordnung von 1875 eine derartige gesetzliche Kuratel nicht kennt, beseitigt."

Auch Förster-Eccius a. a. O. Bd. 4 S. 143 nimmt an, daß ein Pfleger zur Verwaltung des Vermögens eines minderjährigen Adoptivkindes bestellt werden müsse, und bemerkt: „Man kann es für legislatorisch falsch halten, daß die Vormundschaftsordnung hier nicht eine gesetzliche Pflegschaft begründet hat, aber man darf sich der Konsequenz nicht entziehen."

Ferner sind verschiedene Schriftsteller der Ansicht, daß, wenn der natürliche Vater bereits bei der Adoption verstorben war oder nach der Adoption während der Minderjährigkeit des Kindes verstirbt, bei entsprechender Anwendung der Vorschrift des § 17 Nr. 1 Vorm.O. der Adoptivvater als durch das Gesetz berufener Pfleger anzusehen sei (§ 91 Vorm.O.). Vgl. Löwenstein Vorm.O. S. 29, Neumann Vorm.O. S. 24, Rehbein u. Reincke a. a. O. Bd. 4 S. 784 Anm. 135.

Mit Dernburg a. a. O. Bd. 3 S. 198 Anm. 10 ist jedoch als richtig anzunehmen, daß die §§ 699, 700 A.L.R. II. 2 nach zu Recht bestehen. § 17 Nr. 1 der Vorm.O. ist auf diesen Fall nicht entsprechend anzuwenden, da die Gründe, welche im Allgemeinen dafür sprechen, dem Adoptirenden vormundschaftliche Rechte zu sichern, nicht in gleichem Maße für ein Recht auf die Pflegschaft bezüglich des bei der Adoption vorhandenen Kindergutes sprechen.

Das Adoptivkind hat gegenüber den Adoptiveltern dieselben Erbansprüche und Pflichtheilsrechte, wie ein eheleibliches Kind.[40]) Die Folgen, welche die Nichteinwilligung der Eltern bezw. der Ehefrau des Adoptirenden in die Annahme an Kindesstatt, haben, sind bereits oben S. 529 erwähnt. Neben diesem Erbrecht verbleibt dem Kinde auch sein gesetzliches Erbrecht in den Nachlaß seiner natürlichen Eltern nnd sonstigen Blutsverwandten (§ 702).

Da das Adoptivkind seinen Adoptiveltern gegenüber alle Rechte und Pflichten eines ehelichen Kindes überkommt, so müssen diejenigen Handlungen, welche von dem Kinde gegen die leiblichen Eltern

---

[40]) Ein uneheliches Kind des Adoptirenden verliert durch die Adoption eines Dritten das ihm sonst zustehende Erbrecht in den Nachlaß des Adoptirenden § 651 ff. A.L.R. II 2. Vgl. auch Märcker a. a. O. S. 211 Anm. u. Erk. d. R.G. v. 27. Juni 1881 in Gruchots Beiträgen Bd. 26 S. 708. Das Adoptivkind muß nach Ges. v. 30. Mai 1873 (G.S. S. 329) zwei Prozent des Werthes des Nachlasses seiner Adoptiveltern an Erbschaftssteuer entrichten.

verübt, diese zur Enterbung des Kindes berechtigen, auch den Adoptiveltern, sobald dieselben gegen sie selbst begangen sind, einen Enterbungsgrund abgeben. Dagegen sind letztere eine Pflichtverletzung der gedachten Art, welcher sich das Kind gegen seine leiblichen Eltern schuldig macht, durch Enterbung zu rügen nicht befugt (vgl. Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 381). Letztere können jedoch ihr Kind selbst enterben.

Das gesetzliche Erbrecht wird durch das Vorhandensein nach der Adoption erzeugter leiblicher Kinder des Adoptirenden nicht ausgeschlossen. Ueberhaupt haben die Adoptivkinder mit denselben gleiche Rechte gegenüber den Eltern (§ 693).[41]) Hier entsteht nun die Frage: was Rechtens sei, wenn der Adoptirende eheliche Deszendenz hatte, diese aber verschollen, auch für todt erklärt worden, demnächst aber wieder zum Vorschein kommen. Koch, preuß. Erbrecht S. 916, schlägt vor, man solle dann nach Analogie der Legitimation durch Hofreskript in dem Falle, wo der Legitimirende schon legitime Kinder hatte, verfahren, denn annullirt könne die Adoption nicht werden. Dem wird zuzustimmen sein.

Auch die bei der Adoption schon vorhandenen oder nachher erzeugten ehelichen Abkömmlinge des Adoptivkindes sind den Adoptiveltern gegenüber erbberechtigt. Doch wird ein uneheliches Kind der Adoptivtochter die Adoptiveltern sowenig wie die leiblichen Eltern der Mutter beerben.[42])

Zwischen den nach der Adoption erzeugten leiblichen und den Adoptivkindern wird kein gesetzliches Erbrecht begründet; ebensowenig zwischen den von ein und derselben Person adoptirten Kindern untereinander. Um ein solches Erbrecht zu begründen, bedarf es eines besonderen Familienvertrages.[43]) Bezüglich der Erbfolge des

---

[41]) Der Gesetzesrevisor bemerkt zum § 693: „Im § 693 sind die Worte „in Ansehung seiner" etwas unklar, weil sie sich grammatisch auf den Angenommenen beziehen, was keinen Sinn giebt. Im Konzept zum umgearb. Entwurf, wo der § zuerst eingeschaltet wurde (Mot. Bd. 82 fol. 52 v. o. § 699) heißt es: „in Ansehung des Vaters", welches nur deshalb durchstrichen und mit dem jetzigen Ausdrucke vertauscht sein kann, weil die Allgemeingültigkeit des Grundsatzes, auch wenn Weiber adoptiren, angedeutet werden sollte. Der Sinn ist also kein anderer, als daß der Adoptirte nur hinsichtlich des Adoptirenden, nicht etwa der Verwandten desselben mit nachgeborenen leiblichen Kindern gleiche Rechte haben soll." (Gesetzrev. Pens. XV S. 226.)

[42]) Vgl. Koch a. a. O. S. 914.

[43]) Vgl. Hassenstein in Gruchots Beiträgen Bd. 19 S. 474.

Adoptivkindes in Lehen und Landgüter wird auf die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen S. 510 verwiesen. Nach deutschem Privatrecht ist das Adoptivkind ausgeschlossen von der Sukzession in Stammgüter, Lehen und andere Familiengüter, wie in sonstige Berechtigungen, welche nur leiblichen Kindern zu Gute kommen sollen. (Stobbe a. a. O. Bd. 4 S. 385).[44])

Die Adoption begründet nicht die Fähigkeit zur Thronfolge. Das Deszendentenverhältniß muß diesfalls ein wirkliches und eheliches sein. (Vgl. preuß. Verfassung Art. 53.)

§ 7.
Nähere Bestimmungen der Wirkungen der Adoption durch Verträge.

Die in den beiden vorhergehenden Paragraphen mitgetheilten gesetzlichen Bestimmungen der §§ 681—702 A.L.R. II. 2 können durch den bei der Annahme geschlossenen Vertrag, soweit dadurch in Betreff der persönlichen Verhältnisse das Wesentliche des Geschäfts nicht aufgehoben wird, anders festgesetzt werden. Der gedruckte Entwurf (§ 513) verordnete nur, daß die das Vermögen betreffenden Bestimmungen (§§ 691—702 des jetzigen Textes) durch den Vertrag abgeändert werden könnten.

v. Grolmann wandte ein: „Diese Einschränkung erscheint mir unstatthaft zu sein. Auch die Bestimmungen (§§ 495—497, 500—502 des gedruckten Entwurfs, jetzt §§ 681—683, 686—688) können durch Verträge geändert werden. Zum Exempel warum sollte man nicht durch Verträge bestimmen können, welchen Namen das Kind führen soll, in welcher Religion, zu welchem Geschäfte es erzogen werden soll, wie es bei seiner Verheirathung gehalten werden soll."

Svarez bemerkte sehr kurz: „Herr v. Grolmann will den Paragraphen auch auf die jura personalia extendiren; wenn man aber diese Paragraphen durchgeht, so scheint zu erhellen, daß sie per pactum nicht füglich geändert werden können."

Allein als Konklusum steht am Rande: „Alle Verordnungen, soweit die Natur und das Wesentliche des Geschäfts nicht alterirt wird."

Hiernach wurde der § 704 eingeschaltet: in Ansehung der persönlichen Verhältnisse finden dergleichen Abänderungen insoweit statt,

---

[44]) Kein Anspruch auf Waisengelder. Hommel rhaps. 661 § 6 ff.

als dadurch das Wesentliche des Geschäfts nicht aufgehoben wird; und übrigens das Allegat im § 703 auf alle Verordnungen über den Effekt der Adoption ausgedehnt. (Konzept zum umgearb. Entwurf. Mot. Bd. 82 Fol. 52 Abs. 2 §§ 709 und 710; vgl. Gesetzesrevision Pens. XV. S. 232 und Bornemann a. a. O. Bd. 5 S. 383.)

Der § 703 ist offenbar flüchtig gefaßt, denn daß es nicht die Absicht gewesen, auch die Bestimmungen der §§ 684 u. 689 über die Nothwendigkeit des landesherrlichen Konsenses der Privatwillkür zu unterwerfen, erhellt aus der Bemerkung von Svarez und ist durch den Anhangs-§ 102 noch besonders festgesetzt worden. Auch der nach dem Konklusum gegen Svarezs Meinung hinzugekommene § 704 ist nicht hinreichend erwogen, weil sich ebensowenig aus dem Text noch aus der Seite 503 mitgetheilten Anmerkung zum gedruckten Entwurf entnehmen läßt, worin das Wesentliche der Adoption besteht.

Letzteres wird man in der Herstellung der persönlichen Rechte und Pflichten wie zwischen Eltern und Kindern zu finden haben. (Vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 3 S. 198.)

Dies wird dem Richter bei der Prüfung und Bestätigung des Vertrages, wo er die Gesetzmäßigkeit der dem Gesetze derogirenden Verabredungen zu beurtheilen hat, als Richtschnur dienen müssen. Findet er im einzelnen Falle, daß der Adoptionsvertrag bezüglich der Erziehung ꝛc. derartige Bestimmungen enthält, daß nicht mehr von einer Annahme an Kindesstatt, sondern nur von einer Uebergabe zur Pflege oder dergleichen die Rede sein kann, so wird er dem Vertrage als einem Adoptionsvertrage seine Bestätigung versagen müssen.

Sollen die gesetzlichen Bestimmungen in Ansehung des Vermögens durch den Vertrag geändert werden und ist das anzunehmende Kind noch minderjährig, so muß das Vormundschaftsgericht besonders prüfen, ob auch die Adoption unter den beabsichtigten Verhältnissen dem Kinde zuträglich sei (§ 705). Ein Vertrag, wodurch dem Kinde sogar der Pflichttheil von dem künftigen Nachlasse seiner natürlichen Eltern entzogen werden soll, kann nur mit einem Großjährigen geschlossen werden (§ 706). Gegen diesen Paragraphen hatte ein Monent eingewendet, daß davon kein Grund abzusehen sei, wenn der Verlust durch die Adoption ersetzt werde. Auch v. Grolmann meinte: „Wenn ein Kind von seinen Eltern 1000 Thlr. zu erwarten hat, durch die Adoption aber 50000 Thlr. erhält, warum soll es sich jener 1000 Thlr. nicht begeben und ein Pupillarkollegium dies nicht approbiren

können? Aber Svarez antwortete: „Es ist hier nur von einem minorennen adoptando die Rede, denn ein majorenner kann thun, was er will. Da nun in der Welt Alles der Veränderung unterworfen ist, mithin der pater adoptivus verarmen, der pater naturalis aber reich werden kann, so kann m. v. das Vormundschaftsgericht nie autorisirt werden, dem adoptando sein natürliches Recht auf die legitimam des pat. nat. in der Hoffnung einer reichen Erbschaft von dem adoptivo zu vergeben." (Gesetzesrev. Pens. XV. S. 234 u. Bornemann a. a. O. Bd. 5 S. 384.)

Koch, Erbrecht S. 917 ist der Meinung, daß wenn der Großjährige noch nicht adoptirt und dadurch aus der väterlichen Gewalt des natürlichen Vaters entlassen sei, er dieser Gewalt noch besonders entlassen, auch der Vertrag vor den ordentlichen Gerichten der Parteien geschlossen werde müsse, widrigenfalls derselbe nichtig sei. Es liegt jedoch gar kein zureichender Grund vor, hier die strengeren Bestimmungen des § 484 A.L.R. II. 2 zur Anwendung zu bringen. Dagegen ist Koch darin beizupflichten, daß die Vorschrift des § 706 auch dann anwendbar ist, wenn das Kind in seinem Pflichttheil nur belastet oder verkürzt werden soll.

§ 8.
Sonstige Folgen der Adoption.

Die von dem Geschenkgeber geschehene Adoption eines Fremden giebt ersterem noch kein Recht zum Widerruf (§ 1147 A.L.R. I. 11). Es ist dieser § eine Einschränkung des Rechtssatzes, daß noch nicht durch Uebergabe vollzogene Schenkungen wegen nachgeborener Kinder widerrufen werden können.

Durch die Adoption seitens eines Dritten erlischt die von dem natürlichen Vater angeordnete Pupillarsubstitution (§ 542 A.L.R. II. 2). Grund dieser Vorschrift ist, daß die väterliche Gewalt auf den Adoptivvater übergeht und das Recht zur Pupillarsubstitution auf der väterlichen Gewalt beruht.

Hat Jemand nach errichtetem Testamente einen Anderen förmlich an Kindesstatt angenommen, ohne wegen der Erbfolge desselben etwas verfügt zu haben, so verliert das Testament eben dadurch seine Kraft (§ 456 A.L.R. II. 2)[45]) Hier wird das Testament auch

[45]) Die im § 440 d. T. festgesetzte zweijährige Verjährungsfrist findet auf das Anfechtungsrecht aus § 456 keine Anwendung. Entsch. d. Reichsgerichts Bd. 10

schon vor Ablauf eines Jahres (§§ 454 u. 455 a. a. O.) kraftlos.

Streitig ist die Frage, ob der § 456 a. a. O. auch auf Erbverträge und Kodizille anwendbar ist.

Bielitz (Kommentar zum Landrecht Bd. 5 S. 538) bejaht diese Frage und bemerkt, daß unter dem Worte „Testament" hier jede Gattung der letzten Willen zu verstehen sei, weil der Grund der Bestimmungen des § 456 in der aus der Adoption entstehenden Dazwischenkunft von Kindern und in den veränderten Umständen liege, hierdurch aber jeder letzte Wille und auch ein Erbvertrag entkräftet werde (A.L.R. I. 12 §§ 600, 632 und 647).

Bornemann a. a. O. Bd. 6 S. 211 dagegen verneint die Frage mit Rücksicht auf § 676 II. 2. Er führt aus, daß die Annahme der Affirmative überdies gegen den Grundsatz verstoßen würde, daß durch eine Veränderung der Umstände, welche von dem einen Kontrahenten willkürlich herbeigeführt werde, dem anderen Kontrahenten die Rechte aus einem an sich unwiderruflichen Vertrage nicht entzogen werden können.

Dernburg a. a. O. Bd. 3 S. 603 nimmt an, daß von Kodizillen dasselbe gelten müsse, wie von Testamenten.

Das Richtige ist wohl Folgendes: Der § 456 bezieht sich nicht auf Kodizille, denn auf letztere paßt das hier angewendete Prinzip der Inoffiziosität nicht (vgl. Koch a. a. O. Bd. 3 S. 406 und S. 221 Anm. 13). Auf Erbverträge dagegen findet das Prinzip Anwendung, wenn beide Kontrahenten adoptiren, nicht aber, wenn nur eine ohne Einwilligung des anderen adoptirt[46]) (vgl. Koch a. a. O. Bd. 3 S. 406).

Koch, Erbrecht S. 724 bemerkt zu dem § 456 Folgendes: „Das vorhandene Testement wird umgestoßen, wenn der Testator einen Anderen adoptirt „ohne wegen der Erfolge desselben etwas verfügt" zu haben. Wäre also der zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht Adoptirte in dem Testamente auf den Fall berufen „wenn ihn der Testator adoptiren sollte, so bliebe das Testament bei Kräften. Wie steht es aber mit der für diesen Fall ausgesprochenen Enterbung der bestimmten Person? Die Enterbung ist doch gewiß eine Verfügung „wegen der Erbfolge". Das römische Recht, welches hier unverändert aufgenommen ist, erklärt eine solche Enterbung eines

---

S. 224. Auch das korrespektive und wechselseitige Testament wird hinfällig. Entsch. d. R.G. v. 4. April 1887 in Gruchots Beiträgen Bd. 31 S. 979.

[46]) Letzterenfalls kann der Adoptirte gegen den Vertragserben auch keinen Pflichttheil in Anspruch nehmen.

Fremden für garnicht ausgesprochen, für eine ganz bedeutungslose Handlung, welche die Ruption des Testaments nicht hindern kann, wenn der vorzeitig Enterbte demnächst durch Adoption in das Verhältniß eines Notherben zu dem Testator tritt (l. 132 pr. D. de verb. obl. XLV. 1 — Cajus. Inst. II. § 140). Wie verhält es sich damit nach Landrecht? Das wissen wir nicht. Nach logischem Gesetze muß man sagen: Das unverändert in seinem Prinzip aufgenommene römische Recht kann nicht willkürlich zerrissen werden; die Buchstabengläubigkeit aber wird sagen: der Erblasser hat wegen der Erbfolge desselben verfügt, in diesem Falle soll nach dem Buchstaben das Testament nicht umgestoßen werden, also tritt nicht die gesetzliche Erbfolge ein, sondern der Adoptirte kann nur den Pflichttheil fordern. Das würde vermuthlich auch der Absicht der Verfasser des Landrechts entsprechen, gedacht haben sie an diese Frage nicht".

§ 9.
Aufhebung der Adoption.

Der § 714 A.L.R. II. 2 bestimmt: Die einmal gesetzmäßig erfolgte Adoption kann nur eben so, wie sie zu Stande gekommen ist, mit Einwilligung der Interessenten und unter gerichtlicher Bestätigung wieder aufgehoben werden. Dieser Paragraph enthält jedoch eine Unrichtigkeit, denn wie schon oben S. 532 ausgeführt ist, erlischt das Adoptionsverhältniß auch dann, wenn der Adoptirende sein Adoptivkind geheirathet hat und die Ehe gültig wird (§ 989 ff. II. 1). In der Bestimmung des § 714 liegt eine Abweichung vom römischen Recht, nach welchem der Adoptivvater einseitig das Adoptivkind emanzipiren konnte, wodurch es sein Erbrecht verlor (§ 11 J. III. 1; l. 9. 10 pr. § 2 Cod. VIII. 48, Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 380).

Unter den sämmtlichen Interessenten, von denen der § 714 spricht, sind aber nur der Adoptivvater und das Adoptivkind, sowie wenn letzteres minderjährig ist, dessen natürlicher Vater[47]) oder der Vormund nebst dem Vormundschaftsgericht[48]) zu verstehen. Der dem § 714 entsprechende § 521 des gedruckten Entwurfs lautete nämlich folgendermaßen: „Die einmal gesetzmäßig erfolgte Adoption kann nicht anders, als mit freiwilliger Einwilligung sämmtlicher Interessenten, deren Konsens zur Rechtsbeständigkeit derselben erforderlich

[47]) Zur Eingehung der Adoption ist stets der väterliche Konsens erforderlich; zur Aufhebung nur, wenn das Kind noch minderjährig.

[48]) Dasselbe wird einen Gegenvormund zu hören haben.

ist, wieder aufgehoben werden". Dazu bemerkte nun Svarez: „der Paragraph ist zu generell gefaßt. Man könnte auch die Einwilligung der Verwandten darnach für nöthig erachten, welches doch nicht die Absicht ist. Sufficit der Konsens des adoptantis et adoptati und insofern letzterer noch minorenn ist, der Konsens seines natürlichen Vaters oder Vormundes und die Approbation des Pupillar-Kollegii".

Wird die Adoption aufgehoben, so fallen alle Wirkungen derselben fort und die Rechte und Pflichten der Interessenten sind so, als wenn niemals eine Adoption geschehen wäre, zu beurtheilen (§ 715).

Das Adoptivkind, wenn es noch nicht sui iuris geworden war, fällt also wieder unter die Gewalt seines natürlichen Vaters zurück[49]).

Die aus der Adoption entspringende väterliche Gewalt des Annehmenden wird ebenso wie die des natürlichen Vaters geendigt und aufgehoben.[50]) Hieraus scheint zu folgen, daß auch die Entlassung eines Adoptivkindes aus der Gewalt des Adoptivvaters in eben der Form erfolgen dürfe und eben die Wirkungen haben solle, wie die Entlassung aus der Gewalt des natürlichen Vaters. Der § 101 des Anhangs zum Landrecht, welche aus dem wörtlich darin aufgenommenen Reskript vom 7. September 1801 entnommen ist (vgl. Löwenbergs Materialien des Anhangs S. 55 und 120) bestimmt indessen, daß die Extradition des Vermögens an den adoptirten Sohn auf Grund der Entlassung desselben aus der väterlichen Gewalt von Seiten des adoptirenden Vaters allein nicht erfolgen könne, es vielmehr der Ausfertigung der Majorennitätserklärung behufs des Etablissements des Sohnes nach Anleitung des Landrechts Th. II. Tit. 18 § 807 bedürfe. Letzterer Paragraph schreibt indeß nur vor, daß kein Minderjähriger (worunter übrigens nur ein Bevormundeter, nicht ein filius familias zu verstehen ist) vor erfolgter Majorennitätserklärung zur eigenen Betreibung bürgerlicher Gewerbe zugelassen werden soll. Er sagt also bloß, daß eine Majorennitätserklärung vorangehen müsse; aber wie, darüber enthält er keine Anleitung. Diese ist vielmehr in den §§ 713—716 II. 18 zu suchen, nach welchen

1. wenn der Pflegebefohlene veniam aetatis verlangt, derselbe nachweisen muß, daß er sich selbst vorzustehen vollkommen fähig sei,

---

[49]) And. Meinung Schröter, Themis 1837 S. 1185 ff. und Hesse Vormundschaftsordnung S. 27.

[50]) Das Elternverhältniß bleibt gleichwohl bestehen.

und daß die Aufhebung der Vormundschaft seinen wahren und dauernden Vortheil mehr als deren Fortsetzung, befördern werde;

2. wenn aber der Vater sie für den Sohn nachsucht, bloß geprüft werden soll, ob der Vater nicht von einem mit dem Besten des Sohnes kollidirenden Interesse geleitet werde.

Die Frage also, auf welche von beiden Arten bei der Großjährigkeitserklärung zu prozediren sei, ist durch das in den Anhang aufgenommene Reskript nicht entschieden worden. Das Reskript sagt weiter nichts als: daß von Adoptiveltern die Vorschrift[51]) nicht gelten soll, nach welcher die bloße Emanzipation eines Minderjährigen ohne alle weitere Prüfung zugleich alle Wirkungen der Majorennitätserklärung haben soll (Gesetzesrevision Pens. XV. S. 228).

Für die Großjährigkeitserklärung sind jetzt maßgebend die §§ 61 und 97 der Vormundschaftsordnung.

Es ergiebt sich demnach Folgendes:

Man muß unterscheiden, ob der Adoptirte noch einen leiblichen Vater hat oder nicht. Im ersten Falle muß der natürliche Vater mit der Maßregel einverstanden sein und den Antrag auf Majorennitätserklärung selbst stellen. Es wird dann bloß geprüft, ob der Adoptiv- und der natürliche Vater nicht durch ein dem Sohne nachtheiliges Interesse zu der Entlassung bewogen werde. Hat der Adoptirte keinen leiblichen Vater, so soll das minderjährige Adoptivkind ungeachtet der väterlichen Gewalt des Adoptivvaters einem bevormundeten Minderjährigen gleichgeachtet und deswegen die Prüfung nicht bloß darauf, ob zwischen dem Vater und Sohn ein kollidirendes Interesse vorhanden sei, sondern auch auf die Nützlichkeit der Großjährigkeitserklärung und die persönliche Fähigkeit des Kindes gerichtet werden. Auf diese Punkte, welche das Landrecht II. 18 § 713 ff. vorschrieb, wird es auch bei der von der Vormundschaftsordnung angeordneten Sachuntersuchung wesentlich hinauskommen (vgl. Märcker, a. a. O. S. 155). Zu der betreffenden Verhandlung ist der Pfleger bzw. Vormund des Adoptivkindes hinzuzuziehen. Ist der Adoptivvater Pfleger, so muß ein besonderer Pfleger zu diesem Akte bestellt werden. Es sind auch mindestens drei Verwandte und Verschwägerte des Kindes und dieses selbst nach Maßgabe des § 55 der Vorm.O. zu hören (vgl. Bornemann a. a. O. Bd. 5 S. 385 und Koch a. a. O. Bd. 3 S. 441).

---

[51]) § 216 A.L.R. II 2.

§ 10.

Die Adoption im Entwurf des bürgerl. Gesetzbuches.

Der Entwurf des B.G.B. handelt von der Annahme an Kindesstatt in den §§ 1601—1631 4. Buch 2. Abschn. 7. Titel. Er schließt sich im Allgemeinen dem preuß. Landrecht an. Die Abweichungen sind hauptsächlich folgende:

Der Adoptionsvertrag muß vor Gericht oder Notar geschlossen werden (§ 1616 Abs. 1). Durch Bestätigung desselben seitens des zuständigen Gerichts tritt die Adoption in Kraft: Stirbt der Annehmende oder der Anzunehmende vor derselben, so wird die Adoption nicht wirksam (§§ 1617 u. 1618). Der Annehmende darf keinen ehelichen Abkömmling haben,[52]) ein nasciturus ist kein Hinderniß der Adoption (vgl. Mot. IV. S. 958); er muß das 50. Lebensjahr zurückgelegt haben, im Falle der Volljährigkeit des Annehmenden ist Dispensation zuläßig; und er muß mindestens 18 Jahre älter sein, als der Anzunehmende, Dispensation ist zuläßig (§§ 1602—1604).

Ein Ehegatte kann nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten an Kindesstatt annehmen (§ 1606). Die Einwilligung der Eltern des Anzunehmenden ist nicht erforderlich (Mot. IV. S. 966). Ein Ehegatte kann nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten an Kindesstatt angenommen werden (§ 1609).

Erforderlich ist ferner bei ehelichen anzunehmenden Kindern der Konsens des Vaters und der Mutter, bei unehelichen derjenige der Mutter. Dieses Requisit fällt jedoch fort, wenn der Anzunehmende 25 Jahre alt oder sein Familienstand nicht zu ermitteln ist (§ 1610).

Ist der Anzunehmende in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auch dann erforderlich, wenn derselbe unter elterlicher Gewalt steht (§ 1613).

Ein Vormund kann sein Mündel während der Dauer der Vormundschaft nicht adoptiren (§ 1613 Abs. 3).

Die Wirkung der Adoption erstreckt sich auch auf die Abkömmlinge des Angenommenen, auf die zur Zeit der Annahme bereits vorhandenen Deszendenten und deren später geborene Abkömmlinge jedoch nur dann, wenn der Vertrag zugleich mit den ersteren geschlossen ist (§ 1620).

---

[52]) Stellt sich später heraus, daß ein zur Zeit der Adoption für todt erklärter ehelicher Abkömmling damals noch am Leben gewesen ist, so ist die Annahme an Kindesstatt nichtig. (Mot. IV. S. 958).

Es ist unzulässig, daß durch einen besonderen Familienvertrag auch zwischen dem Angenommenen und den Verwandten des Annehmenden eine Familienverbindung hergestellt wird (Mot. S. 980).

Durch die Adoption wird zwischen dem Angenommenen und dessen Abkömmlingen einerseits und dem Ehegatten des Annehmenden andererseits ein Schwägerschaftsverhältniß nicht begründet (§ 1620 Abs. 2).

Der neue Name ist von dem Angenommenen unter Beifügung des bisherigen Familiennamens zu führen (§ 1622 Abs. 2).

Die leiblichen Eltern verlieren dauernd die elterliche Gewalt (§ 1626); auch erlischt dauernd ihr Recht auf Ertheilung des Heirathskonsenses; in letzterer Beziehung steht nunmehr die Adoptivmutter dem Adoptivvater völlig gleich (§ 1239).

Soll die Adoption durch Vertrag aufgehoben werden, so müssen auch die Abkömmlinge des Annehmenden, auf welche die Wirkungen der Annahme sich erstreckt haben, daran theilnehmen (§ 1629 Abs. 2). Nach A.L.R. ist dies nicht erforderlich; durch den Vertrag zwischen dem Angenommenen und dem Annehmenden wird von selbst auch das durch die Adoption zwischen den Abkömmlingen des ersteren und dem Adoptirenden begründete Verhältniß aufgehoben. (Vgl. Gesetzrev. Pens. XV. S. 236.)

In den Motiven z. B.G.B. IV. S. 959 ist ausgesprochen, daß nach preuß. Landrecht das Vorhandensein eines angenommenen Abkömmlings eine weitere Annahme an Kindesstatt hindere, weil dasselbe von dem Grundsatze ausgehe, daß der Angenommene die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden habe (A.L.R. II. 2 §§ 681 u. 707). Auf S. 992 Bd. 4 d. Mot. z. B.G.B. wird gesagt, aus der Vorschrift des A.A.R. II. 2 § 694 in Verbindung mit den §§ 691 u. 692 ergebe sich, daß der Angenommene zur Gewährung des Unterhalts gegenüber dem Annehmenden nicht verpflichtet sei. Beides ist m. E. unrichtig. Nach § 681 a. a. O. entstehen „in der Regel" die Rechte und Pflichten, wie zwischen Eltern und ehelichen Kindern. Durch nachfolgende Ehe oder durch Hofreskript legitimirte Kinder erhalten dagegen bedingungslos Rechte und Pflichten ehelicher Kinder. Nur in Ansehung des Vermögens steht das Adoptivkind dem ehelichen Kinde völlig gleich (§ 691 a. a. O.). § 707 a. a. O. läßt sich für die Gegenansicht nicht verwerthen, denn die Abkömmlinge des Angenommenen können nicht mehr Rechte erlangen, als dieser selbst. Was sodann die Alimentationspflicht anbetrifft, so ist ja richtig, daß der Annehmende aus der Adoption keinen pekuniären

Vortheil erlangen soll. Allein es kann unmöglich der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, dem verarmten Adoptivvater den Alimentationsanspruch gegen das Adoptivkind zu versagen. Die Unterhaltsverbindlichkeit gehört zu den persönlichen Pflichten des Angenommenen (§ 681). Es ist eine Akt der Pietät des Kindes, bei welchem die vermögensrechtliche Seite in den Hintergrund tritt. Wenn das Gesetz die Unterhaltspflicht des Annehmenden ausdrücklich erwähnt, so erklärt sich dies aus der auch sonst im A.L.R. II. 2 Abschn. 10 hervortretenden besonderen Fürsorge für die Rechte des Adoptivkindes. Aus dem bloßen Nichterwähnen der Alimentationsverbindlichkeit des Kindes im Gesetze läßt sich nicht das Nichtvorhandensein derselben folgern.

Die Bestimmungen des Entwurfs des B.G.B. bedürfen unseres Erachtens in drei Punkten einer Veränderung:

1. Ein nasciturus muß ein Hinderniß für die Adoption sein. Die Gründe in den Motiven IV. S. 958 sind nicht überzeugend.

2. Von dem Erforderniß des Nichtvorhandenseins ehelicher Abkömmlinge (§ 1602) ist Dispensation zuzulassen:

a) wenn nur weibliche Deszendenten vorhanden;

b) wenn die Abkömmlinge mit Geisteskrankheit behaftet sind oder

c) wenn sie sich durch ihr Verhalten der Familie unwürdig gezeigt haben.

Mißhelligkeiten zwischen Eltern und älteren Geschwistern pflegen auch zu entstehen, wenn noch jüngere Geschwister geboren werden, welche die Hoffnungen der älteren in erbrechtlicher Beziehung täuschen. Im Falle zu b müßte die Bestätigung der Adoption von der Sicherstellung ausreichenden Unterhalts für das geisteskranke Kind abhängig gemacht werden. Wer sich der Familie unwürdig gezeigt hat, kann sich nicht darüber beklagen, wenn ihm das Adoptivkind vorgezogen wird.

3. Das Alter des Annehmenden muß von 50 auf 40 Jahre herabgesetzt werden.

Vor Allem sind es doch kinderlose Eheleute, welche von der Adoption Gebrauch machen.

Ist eine Ehe 10 Jahre lang kinderlos geblieben — für gewöhnlich heirathet der Mann vor dem 30. Lebensjahre —, so ist mit großer Wahrscheinlichkeit dasselbe auch für die Zukunft anzunehmen. Sollen nun die Eheleute bezw. der Ehemann mit der Adoption so lange warten, bis der Vater 50 Jahre alt ist, also voraussichtlich nicht mehr sehr lange Zeit dem Adoptivkinde, welches doch meistens

in jugendlichem Alter adoptirt wird, als Erzieher, Berather &c. zur Seite stehen wird. Man kann hier einwenden, das Kind könne ja als Pflegekind angenommen werden. Allein es liegt doch im Interesse desselben, daß möglichst bald das festere Band der Adoption dasselbe mit seinen Pflegern verbindet. Stellt sich später noch ein eheliches Kind ein, so ist das doch kein Uebelstand. Dieser Ausnahmefall kann auch eintreten, wenn der Mann über 50 Jahre alt ist. Uebrigens erlischt die Befruchtungsfähigkeit der Frau meistens im 45. Lebensjahre.

Bei Unverheiratheten sind aber 40 Lebensjahre hinreichend, um die Befürchtung, die Adoption könne zur Beförderung der Ehelosigkeit dienen, zu zerstören (Vgl. Mot. IV. S. 951).

Anhang.

Muster zu einem Adoptionsvertrage.

Bielefeld, den 1. Oktober 1887.

Vor den unterzeichneten Gerichtspersonen meldeten sich an Gerichtsstelle

1. der Rittergutsbesitzer Kurt von Schlieffen von hier;
2. der Gymnasiast Otto Bergmann aus Dortmund;
3. dessen Vormund, der Kaufmann Wilhelm Bieler daselbst;
4. dessen Gegenvormund, der Lehrer August Höke daselbst.

Dieselben waren von Person bekannt und befanden sich (bis auf die Minderjährigkeit des Erschienenen zu 3 in unbedenklich geschäfts- und verhandlungsfähigem Zustande.

Der Erschienene zu 1 überreichte seine Geburtsurkunde sowie die Sterbeurkunden seiner beiden Eltern, die Erschienenen zu 3 und 4 ihre vormundschaftlichen Bestallungen und die Geburtsurkunde ihres Mündels.

Die Parteien verlautbarten sodann nachstehenden Adoptionsvertrag:

§ 1.

Der Rittergutsbesitzer Kurt von Schlieffen zu Bielefeld, welcher ausweise des überreichten Taufscheines 52 Jahre alt ist, nach den übergebenen Sterbeurkunden seine Eltern nicht mehr am Leben hat, und wie derselbe eidesstattlich versichert, niemals verheirathet gewesen ist, auch keine den ehelichen Kindern gleichzuachtende Nachkommen hinterläßt, nimmt hiermit den Gymnasiasten Otto Bergmann an Kindesstatt an und unterwirft sich betreffs desselben allen Pflichten, welche die Gesetze einem Adoptivvater gegen seinen Adoptivsohn auferlegen, ohne jede Einschränkung und ohne jeden Vorbehalt. Namentlich überträgt er, die Allerhöchste Königliche Genehmigung vorausgesetzt, auf denselben seinen adeligen Namen und sein Familienwappen.

§ 2.

Der Gymnasiast Otto Bergmann aus Dortmund, welcher nach der überreichten Geburtsurkunde das 16. Lebensjahr zurückgelegt hat, nimmt dies Anerbieten an, geht seinerseits auf diese Adoption ein und unterwirft sich dem Rittergutsbesitzer Kurt von Schlieffen gegenüber allen Pflichten, welche einem Adoptivkinde gegen

über seinem Adoptivvater obliegen, sie mögen persönlicher oder vermögensrechtlicher Natur sein.

§ 3.

Die Kosten trägt der Rittergutsbesitzer Kurt von Schlieffen und wird zu deren Berechnung das Objekt auf mehr als 60 000 Mark angegeben.

§ 4.

Der Kaufmann Wilhelm Bieler und Lehrer August Höke aus Dortmund treten als Vormund bezw. Gegenvormund durchweg den Erklärungen ihres Mündels genehmigend bei. Es wird beantragt:

diese Verhandlung einmal auszufertigen und dieselbe

1. seitens des Vormundschaftsgerichts zu Dortmund zu genehmigen,
2. nach vorgängiger Prüfung von dem Gerichte bestätigen zu lassen und
3. demnächst die Allerhöchste Königliche Genehmigung der Adelsverleihung einzuholen.

Vorgelesen genehmigt unterschrieben

Kurt von Schlieffen

Otto Bergmann

Wilhelm Bieler als Vormund

August Höke als Gegenvormund.

Vollzogen wie oben

Berger, Amtsrichter. Kessel, Referendar.

Die Ausfertigung geschieht in folgender Weise:

Nachstehende von den Gerichtspersonen, dem Amtsrichter Berger und dem Referendar Kessel, an Gerichtsstelle aufgenommene Verhandlung

(hier ist dieselbe wörtlich abzuschreiben)

wird hierdurch urkundlich unter Siegel und Unterschrift des Gerichts ausgefertigt.

Bielefeld, den 3. Oktober 1887

Königliches Amtsgericht

Berger.

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hat zu lauten:

Vorstehender Adoptionsvertrag wird Namens des minderjährigen Gymnasiasten Otto Bergmann von hier vormundschaftsgerichtlich genehmigt.

Dortmund, den 15. Oktober 1887

Königliches Amtsgericht

Schröder.

Die Bestätigung wird dahin abgefaßt:

Vorstehender Adoptionsvertrag wird gerichtlich bestätigt.

Bielefeld, den 1. November 1887

Königliches Amtsgericht

Berger.

Demnächst ist der Adoptionsvertrag behufs Erlangung der Königlichen Genehmigung zur Adelsführung dem Justizminister einzusenden, welcher mit dem Minister des Königlichen Hauses sich in Verbindung setzt.

15.

Ersatzzustellung bei widerstreitendem Interesse der Ersatzperson.

Von Herrn Landrichter Hahn in Oels.

Kinder waren mit einer Klage gegen ihre Mutter abgewiesen. Sie erhoben Berufung und ließen die Berufungsschrift der im Prozesse nicht vertretenen Beklagten zustellen. Da die Beklagte in ihrer Wohnung nicht angetroffen wurde, wurde die Schrift von ihrem Sohn, einem der Kläger, in Empfang genommen. Diese Zustellung hat das Reichsgericht — entgegen der Entscheidung des Oberlandesgerichts zu Köln — für gültig erachtet (Entsch. Bd. 17 S. 409).

Die Entscheidung des Reichsgerichts erscheint bedenklich und, da ähnliche Fälle der Ersatzzustellung namentlich in der Praxis der Amtsgerichte durchaus nicht selten sind, einer Erörterung wohl werth.

Man nehme den Fall in seiner krassesten Form: der Gerichtsvollzieher befindet sich zufällig in der Wohnung des A., welcher abwesend ist; der anwesende Sohn und Hausgenosse B. übergiebt ihm dort ein Schriftstück zur Zustellung an seinen Vater A. und empfängt es sofort gemäß § 166 C.P.C. aus den Händen des Gerichtsvollziehers wieder zurück. Durch einen solchen circulus vitiosus wäre die Zustellung bewirkt, also etwa eine Ladung gehörig erfolgt, die Rechtshängigkeit mit allen prozeß- und civilrechtlichen Wirkungen begründet, oder eine Nothfrist gewahrt oder in Lauf gesetzt! Das sind absurde Konsequenzen — woraus freilich nur folgt, daß der Gesetzgeber sie nicht hätte wollen *sollen*; ob er sie gewollt *hat*, ist eine andere und die hier allein interessirende Frage.

Der § 166 bestimmt ganz allgemein:

„Wird die Person, welcher zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen, so kann die Zustellung in der Wohnung an einen zu der Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen oder an eine in der Familie dienende erwachsene Person erfolgen."

Ebenso allgemein lauten die weiteren, auf die Ersatzzustellung bezüglichen Bestimmungen, § 166 Abs. 2, §§ 167—169. Nach dem Wortlaute dieser Bestimmungen müßte man also annehmen: die Ersatzzustellung *kann* auch an Personen mit widerstreitendem Interesse, insbesondere auch an den Prozeßgegner des Adressaten erfolgen. Von dieser Auffassung geht die erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts aus, indem sie es für bedenklich erachtet, „eine gesetzliche Vorschrift, deren Nichtbefolgung Nichtigkeit nach sich zieht, auf darin

nicht vorgesehene Fälle auszudehnen." [1]) Aber der Wortlaut allein entscheidet nicht über den Inhalt eines Gesetzes. Konsequenzen, welche zwar nach dem Wortlaute sich zu ergeben scheinen, aber mit dem anderweit, insbesondere aus dem Zusammenhange der einzelnen Normen erhellenden Gedanken des Gesetzes in Widerspruch stehen, können nicht als Inhalt des Gesetzes gelten. Im vorliegenden Falle wird daher zu prüfen sein, inwieweit etwa eine Ersatzzustellung an eine Person mit widerstreitendem Interesse und besonders an den Prozeßgegner des Adressaten dem aus dem Zusammenhange der gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmenden Begriffe der Zustellung widerstreitet.

Die Zustellung besteht nach § 156 in der (gemäß §§ 173 ff. zu beurkundenden) Uebergabe einer Ausfertigung bezw. einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks. Die Uebergabe besteht aus Darreichen und Empfangen; dargereicht wird das Schriftstück von dem Zustellungsbeamten, empfangen vom Adressaten oder einer der in §§ 166—169 zugelassenen Ersatzpersonen. Hiermit ist der Zustellungsakt beendet, und es kommt bei der Ersatzzustellung nicht darauf an, ob die betreffende Person das Schriftstück an den Adressaten befördert (Motive, bei Hahn 1 S. 230). Nun ist zwar hier Uebergabe sicherlich nicht in dem civilrechtlichen Sinne der Besitzerledigung von der einen und Besitzergreifung von der anderen Seite gemeint, wie sich schon daraus ergiebt, daß eine Annahme nicht erforderlich ist (§ 170). Immerhin aber ist die Zustellung kein einseitiger Akt des Zustellenden; das Gesetz verlangt, indem es von Uebergabe spricht, mindestens, daß eine andere Person, der Adressat oder der Ersatzmann, herangezogen werde und zwar, „daß der Gerichtsvollzieher oder Postbote der betreffenden Person selbst gegenüberstehe und ihr die Absicht der Uebergabe kundgebe" (Entsch. des Reichsger. Bd. 4 S. 343).

Es erhellt hieraus, daß die Zustellung zwei verschiedene Personen voraussetzt. Der Begriff der Personenverschiedenheit ist aber hierbei nicht äußerlich, sondern, da es sich um einen Rechtsakt handelt, im rechtlichen Sinne aufzufassen, so daß, wenn eine der betheiligten Personen in Ansehung des Zustellungsaktes die andere rechtlich

---

[1]) Nebenbei bemerkt: es steht gar nicht die Ausdehnung, sondern die Einschränkung einer gesetzlichen Vorschrift (des § 166) in Frage.

repräsentirt, die zur Wirksamkeit des Aktes erforderliche Personenverschiedenheit nicht gegeben ist.

Es liegt nahe, zunächst zu erwägen, ob nicht die Ersatzperson den Adressaten bei der Zustellungshandlung vermöge eines vermutheten oder fingirten Auftrags vertritt. Dies nehmen von Wilmowski und Levy (Komm. z. C.P.O., 3. Aufl., Anm. 3 zu § 166) an und ziehen die Folgerung, daß alle Personen zu Ersatzempfängern untauglich seien, welche „für sich entgegenstehende Interessen haben, wie Niemand Bevollmächtigter seines Gegners sein kann." Allein die Ersatzperson empfängt das Schriftstück nur zur Beförderung an den Adressaten, aber nicht an seiner Statt, als sein Vertreter; und wenn es, wie oben erwähnt, für die Gültigkeit der Zustellung unerheblich ist, ob die Beförderung an den Adressaten thatsächlich erfolgt, so hat das seinen Grund nicht darin, daß ein Mandat der Ersatzperson zur Empfangnahme unterstellt wird, sondern darin, daß in ihrer Beziehung zum Adressaten die nöthige Garantie für die Weiterbeförderung gefunden und diese letztere daher fingirt wird.

Die andere zu erörternde Möglichkeit ist die: daß der Zustellungsbeamte die Partei repräsentirt. Bei Prüfung dieser Frage ist die Zustellung auf Parteibetrieb und die Zustellung von Amtswegen zu unterscheiden.

Bei ersterer hat die Partei den Gerichtsvollzieher „zu beauftragen" (§ 152), die mündliche Erklärung genügt, um ihn zur Vornahme der Zustellung „zu ermächtigen", und die vom Gerichtsvollzieher bewirkte Zustellung gilt präsumtiv als „im Auftrage der Partei" erfolgt (§ 153). Diese Terminologie deutet darauf, daß der Gerichtsvollzieher die Zustellung als Mandatar der Partei, d. h. an ihrer Statt und in ihrem Namen, bewirkt, und diese Auffassung entspricht auch allein sowohl dem der C.P.O. zu Grunde liegenden Gedanken des Prozeßbetriebes durch die Partei, als auch der Stellung der Gerichtsvollzieher (vgl. Motive a. a. O. S. 221). Der Gerichtsvollzieher fungirt allerdings als Beamter, und indem er die Zustellung beurkundet, nur als Beamter; aber insofern er die Zustellung bewirkt, ist er zugleich Vertreter der Partei. Er besorgt ein Geschäft der Partei; denn dieser, nicht einem amtlichen Organe, liegen grundsätzlich die zum Prozeßbetriebe gehörigen Geschäfte, die Mittheilung der Prozeßschriften, Ladungen, Entscheidungen an den Gegner, ob. Demgemäß erkennt auch das Reichsgericht im Beschluß der vereinigten Civilsenate vom 3/1. 87 (Entsch.

Bd. 17 S. 392, Gründe S. 400) an, „daß die Zustellungshandlung, wenngleich sie physisch nur durch den Gerichtsvollzieher vorgenommen werden kann, sich doch zugleich im Rechtssinne als eine Handlung seines Auftraggebers, also der Partei selbst oder ihres Anwalts, darstellt." Ist es aber die Partei selbst, welche, nur rechtlich vertreten durch den Gerichtsvollzieher, das zuzustellende Schriftstück dem Gegner darreicht, so kann sie nicht zugleich als Ersatzmann dieses Gegners sich selbst gegenübertreten, um das Schriftstück (gewissermaßen aus ihrer eigenen Hand) zu empfangen. Eine Manipulation, welche das Schriftstück nur durch das Medium des Gerichtsvollziehers aus der einen Hand des A. in die andere Hand desselben eskamotirt, ist keine Uebergabe und also keine gültige Zustellung.

Wenn nun das Gesetz bestimmt, daß unter den Voraussetzungen der §§ 166—169 die Zustellung an die daselbst bezeichneten Personen erfolgen **kann**, und wenn es hiernach im Allgemeinen dem vernünftigen Ermessen des Gerichtsvollziehers überlassen bleibt, ob im konkreten Falle von einer solchen Ersatzzustellung Gebrauch zu machen ist (Motive a. a. O. S. 320), so folgt aus dem Ausgeführten, daß dies freie Ermessen in dem Umstande, daß die sich darbietende Ersatzperson mit dem Auftraggeber identisch ist, seine sinngemäße Schranke findet, und daß in diesem Falle die Ersatzzustellung, bei Strafe der Nichtigkeit, nicht stattfinden darf. Dies gilt selbstverständlich nicht minder, wenn der Auftrag dem Gerichtsvollzieher nicht direkt von der Partei, sondern von deren Bevollmächtigten oder durch Vermittelung des Gerichtsschreibers ertheilt ist.

Eine Schwierigkeit ergiebt sich nun aber bei der Zustellung durch die Post (§§ 176—178). Rechtlich liegt hier die Sache nicht anders; es „tritt an die Stelle des Gerichtsvollziehers der Postbote, insoweit es sich um den Akt der Zustellung handelt. **Der Postbote ist insoweit Gerichtsvollzieher**" (Motive a. a. O. S. 221). Aber der Postbote empfängt das Schriftstück in einem verschlossenen Umschlage durch Vermittelung des Gerichtsvollziehers und der Postbehörde (§ 177), so daß er den Auftraggeber nicht kennt und seine Prüfung nicht darauf erstrecken kann, ob etwa die Person, welche sich ihm für die Ersatzzustellung darbietet, der Auftraggeber selbst ist. Allein die sich hieraus ergebende Unzuträglichkeit, auf welche das Reichsgericht (Bd. 17 S. 409) ein entscheidendes

Gewicht legt, mag de lege ferenda in Erwägung zu ziehen sein[2]) — de lege lata ist sie belanglos (vgl. v. Wilmowski und Levy a. a. O.), und übrigens steht ihr, bei gegentheiliger Auffassung, in der gebotenen Handhabe für betrügerische Manipulationen eine kaum geringere Unzuträglichkeit gegenüber.

Bei der allgemeinen Fassung der §§ 166 ff. ist nun aber eine Einschränkung nur für den Fall gerechtfertigt, daß die Ausantwortung des Schriftstücks an die Ersatzperson dem Wesen der Zustellung widersprechen würde, d. i. nur bei Identität der betreibenden Partei mit der Ersatzperson. Die weitergehende Meinung (v. Wilmowski a. a. O.), daß jede Zustellung an Ersatzpersonen, welche entgegenstehende Interessen haben, ungültig sei, läßt sich nicht begründen. Erfolgt also die Zustellung zwar auf Parteibetrieb, aber nicht im Auftrage des Prozeßgegners des Adressaten, sondern im Auftrage eines Dritten, etwa des Nebenintervenienten (§ 67) oder eines Zwischenstreitgegners (z. B. § 394), so steht nichts entgegen, daß die Ersatzzustellung auch an den Prozeßgegner des Adressaten gültig erfolgen kann, wenngleich eine solche Zustellung vielleicht meist recht unzweckmäßig sein würde.

Dasselbe gilt bei Zustellungen von Amtswegen (§ 294), da hier der Gerichtsvollzieher überhaupt nicht als Beauftragter einer Partei, sondern nur als Gerichtsbeamter fungirt.

16.

Ueber die Unzulässigkeit des Versäumnißzwischenurtheils gegen einen im Schwurtermine zwar erscheinenden aber nicht schwörenden Schwurpflichtigen.

Von Herrn Oberlandesgerichtsrath H. Meyer in Marienwerder.

Der § 430 C.P.O. sagt:

Erscheint der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine nicht, so ist auf Antrag ein Versäumnißurtheil dahin zu erlassen, daß der Eid als verweigert anzusehen sei.

Streitig ist, ob nach § 298 C.P.O. ein Nichtleisten dem Nicht-

---

[2]) Es mag sich vielleicht empfehlen, die die Zustellung betreibende Partei auf dem Briefumschlage zu bezeichnen.

erscheinen gleich steht. In Uebereinstimmung mit von Wilmowski und Levy 5. Aufl. Note 1a zu § 430 habe ich in Busch Zeitschr. 9 S. 352 diese Frage unbedingt verneint. Dagegen will Troll (Versäumnißurtheil S. 150 ff.) den § 298 C.P.O. für den Fall des § 430 C.P.O. zur Anwendung bringen. Er meint, es sei Thatfrage, ob eine Eidesweigerung vorliege; sei dies nicht der Fall, so komme § 430 zur Anwendung auch beim Erscheinen des Schwurpflichtigen, wenn derselbe den Eid nicht leistet.

Ein in der Praxis vorgekommener Fall veranlaßt mich, diese Frage nochmals zu besprechen und bei dieser Gelegenheit einen Vorschlag zu machen, wie man durch Abänderung des § 430 die vielbeklagten Verzögerungen, welche der § 430 herbeiführt, vermeiden könnte. Es würde, wenn auch nicht grade von entscheidender, so doch von einiger Bedeutung sein, wenn die Bestimmung der hannoverschen Prozeßordnung (§ 289), daß, wenn im Schwurtermine nur der Gegner des Schwurpflichtigen erscheine, auf seinen Antrag der Eid für verweigert zu erachten sei, — welcher Rechtsnachtheil durch ein dem Einspruch unterliegendes Ungehorsamserkenntniß auszusprechen war (§ 241) — auch auf den Fall der Nichtleistung des Eides ohne ausdrückliche definitive Weigerung in der hannoverschen Praxis bezogen wäre. Es ist mir indessen nicht einmal erinnerlich, ob diese Frage jemals aufgeworfen ist. Die hannoversche Prozeßordnung enthielt überhaupt keine dem § 298 C.P.O. entsprechende Bestimmung, und es war daher die Ansicht geltend gemacht (von Düring, Magazin f. hann. R. Bd. 7 S. 398 ff.), daß bei einem Verhandlungstermine das ergehende Urtheil kein Ungehorsamsurtheil sei, wenn eine Partei nach erfolgtem Abschlage des Vertagungsgesuchs im Termine zugegen bleibe, möge sie nun sich rein passiv verhalten oder erklären, nicht verhandeln zu können oder zu wollen. Diese Ansicht fand allerdings Widerspruch. Ein vorsichtiger Anwalt pflegte, wenn er keine genügende Instruktion hatte, nach Verkündung des die Vertagung ablehnenden Beschlusses sofort aus dem Sitzungssaal sich zu entfernen, um sich die Möglichkeit des Einspruchs offen zu halten. Diese Streitfrage erledigt § 298 C.P.O., in Uebereinstimmung mit § 276 des Justizministerialentwurfs von 1871.

Es ist interessant zu sehen, wie die erwähnten Bestimmungen der hannoverschen Prozeßordnung, welche scheinbar ganz mit den Vorschriften des § 430 C.P.O. übereinstimmen, in der hannoverschen Praxis zu ganz andern Ergebnissen führten. Es wäre gewiß nach

§ 289 u. 241 der hannov. P.O. zulässig gewesen, ein sich auf den Rechtsnachtheil der Annahme der Eidesweigerung beschränkendes Versäumnißzwischenurtheil zu erlassen. In der Praxis aber verband man das Ungehorsamsurtheil mit dem kontradiktorischen Endurtheile. Wenn im Urkunden- und Wechselprozesse (wo der § 430 C.P.O. besonders lästig ist) ein zugeschobener, zurückgeschobener oder Diffessionseid zu normiren war, so geschah dies durch bedingtes Endurtheil oder Beschluß. In beiden Fällen unterlag die richterliche Verfügung der sofortigen Berufung (§ 395 Nr. 3), aber man folgerte aus einer Bestimmung in § 485, daß die Berufungserhebung die sofortige Eidesabnahme im Urkunden- und Wechselprozesse nicht hindere (Leonhardt, die bürgerl. P.O. Note 4 zu § 485). Blieb nun der Schwurpflichtige aus, wenn auch der Anwalt desselben verhandelte, so erkannte man den Eid auf Antrag für verweigert und erkannte zugleich auf die sich von selbst ergebenden Folgen der Nichtleistung des Eides. Man verurtheilte also zugleich den Beklagten, wenn er der Schwurpflichtige war. Derselbe hatte dann zwar den Einspruch, derselbe hinderte aber die Vollstreckung des Urtheils im Urkunden- und Wechselprozesse nicht (vgl. §§ 162, 485, 490). Der Beklagte konnte daher nicht, wie jetzt, durch Ausbleiben im Schwurtermine, die Erlangung eines vollstreckbaren Urtheils seitens des Klägers hinausschieben. — Im gewöhnlichen Prozesse mußte stets, wenn nicht ein unbedingtes Endurtheil möglich war, ein für den Instanzrichter bindendes, die Folgen der auferlegten Beweise aussprechendes Beweisinterlokut erlassen werden. Der Berufung unterlag solches zur Zeit noch nicht (§ 394). Erfolgte nun die Beweisantretung durch andere Beweismittel bezw. nur event. durch Eideszuschiebung, so wurden zunächst die andern Beweise aufgenommen, und dann erließ man ein definitives Endurtheil oder ein bedingtes Endurtheil, in welchem man die richterlichen und zu- bezw. zurückgeschobenen Eide normirte (§§ 301, 294). Dasselbe geschah auch meistens bei prinzipaliter zugeschobenen Eiden. War das bedingte Urtheil dann rechtskräftig, so schritt man zur Abnahme der Eide[1]) und blieb dann ein Schwurpflichtiger aus, so erließ man das Purgatorium, mit welchem man das Ungehorsamsurtheil verband. Es konnten

---

[1]) Termin zur Eidesleistung setzte man allerdings vorher an, schritt aber nicht zur Eidesabnahme, wenn inzwischen Berufung erhoben war oder der Schwurpflichtige sich darauf berief, daß die Berufungsfrist noch laufe.

allerdings prinzipaliter zugeschobene Eide, wie auch Editions- und Diffessionseide, durch Beschluß normirt werden. Doch unterlag auch solcher Beschluß nach § 395 Abs. 3 der sofortigen Berufung, d. h. innerhalb der Berufungsfrist mußte gegen diesen Beschluß Berufung erhoben werden, und damit mußte die sogen. vorbehaltene Berufung auch gegen das Beweisinterlokut, insoweit es mit jenem Beschlusse in entscheidendem Zusammenhange stand (§ 394), verbunden werden. Mit Rücksicht darauf schob man die Normirung solcher Eide thunlichst bis dahin auf, daß die Sache im Uebrigen spruchreif war, und um die Ungehorsamsfolgen des § 289 der hann. P.O. dem Endurtheil vorbehalten zu können, schob man thunlichst bis dahin die Eidesabnahmen bezw. den Antrag, den Eid für verweigert zu erklären, auf, selbst wenn der Eid schon früher normirt war. Es war dies nach der hann. P.O. leichter, als jetzt, weil nach dem Beweisinterlokut neue Thatsachen nicht mehr zulässig waren und nicht im Beweisantretungstermine vorgebrachte Beweismittel ausgeschlossen waren. Ich erinnere mich daher aus langjähriger hannoverscher Praxis keines einzigen Versäumnißzwischenurtheils nach § 289 hann. P.O., selbst nicht bei Editions- und Diffessionseiden, obgleich es dabei am schwierigsten zu vermeiden sein mußte.

Ich habe diesen Exkurs über den hannoverschen Prozeß — den ich gern gekürzt hätte, wenn ich nicht Mißverständnisse befürchtet hätte — hauptsächlich deshalb gemacht, weil ich eine Aenderung des § 430 C.P.O. im Wege der Gesetzgebung für ein dringendes Bedürfniß halte und ich dem Einwande entgegentreten möchte, die gleichen Bestimmungen der hannoverschen Prozeßordnung hätten zu Klagen keinen Anlaß gegeben. Im gewöhnlichen Prozesse treffen allerdings bei durch Beweisbeschluß normirten Eiden für den Reichsprozeß die Motive zu § 302 des Entwurfs (Schlußsatz) zu, welche es rathsam erscheinen lassen, ein Versäumnißzwischenurtheil zu erlassen. Dagegen lehrt die Erfahrung in Hannover, daß bei bedingten Endurtheilen und im Urkunden- und Wechselprozesse das Versäumnißzwischenurtheil sehr wohl sich vermeiden ließe. Es wäre erwünscht, wenn der § 430 also gefaßt würde:

> Erscheint der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine nicht, so ist, falls nicht wegen gänzlicher Versäumniß des Verhandlungstermins (§ 295 ff.) ein Versäumnißendurtheil erlassen werden kann, auf Antrag ein Versäumnißzwischenurtheil dahin zu erlassen, daß der Eid als verweigert anzusehen sei. In diesem

Falle darf erst nach unbenutztem Ablauf der Einspruchsfrist die Verhandlung fortgesetzt werden.[2])

Im Urkunden= und Wechselprozesse und wenn durch bedingtes Endurtheil auf Leistung des Eides erkannt ist, ist jedoch der Rechtsnachtheil der Annahme der Eidesweigerung in dem insoweit als Versäumnißurtheil zu behandelnden Endurtheile auszusprechen.

Kehren wir zu der oben aufgeworfenen Frage zurück, so ist davon auszugehen, daß § 298 C.P.O. direkt für der Fall gänzlicher Versäumniß der Verhandlung des Rechtsstreits gegeben ist. Er ist entsprechend zur Anwendung zu bringen beim Versäumnißzwischenurtheil, soweit eine Verhandlung versäumt ist. Es entsteht daher die Frage: Hat der Schwurpflichtige als solcher zu verhandeln? Diese Frage ist zu verneinen. Er soll nicht verhandeln, sondern schwören. Wenn ein Eid vor einem beauftragten oder ersuchten Richter zu leisten ist, ist dies ohne weiteres klar.[3]) Es ist doch sehr gezwungen, wenn Troll (vgl. S. 151), um ein „Verhandeln“ behufs Anwendung des § 298 herauszubekommen, meint, der Schwurpflichtige verhandele durch die Eidesleistung oder Weigerung. Wenn der Schwurtermin vor dem Prozeßgerichte angesetzt wird, so ist allerdings nach § 335 Abs. 1 der Termin zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt.[4]) Man darf sich aber dadurch nicht irre machen lassen. Insoweit als der Termin zur Eidesabnahme bestimmt ist, ist er nicht zur Verhandlung bestimmt, und eine Partei kann bei der Eidesabnahme säumig sein, bei der Verhandlung nicht, wenn nämlich sie durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist, welcher für sie verhandeln will. Insoweit der Termin Schwurtermin ist, kommt es lediglich auf die Thätigkeit des Schwurpflichtigen selbst an, und dieser soll nur einen Akt der Beweisaufnahme vornehmen bezw. mit sich vornehmen lassen und nicht verhandeln.

---

[2]) Dieser Satz der Motive gehört ins Gesetz.

[3]) Ich gehe hier von der herrschenden und richtigen Ansicht aus, daß beim Ausbleiben des Schwurpflichtigen in solchem Falle der Gegner bei der demnächstigen Verhandlung vor dem erkennenden Richter ein Versäumnißzwischenurtheil beantragen kann, zu dessen Begründung er das Protokoll des ersuchten Richters vorzutragen hat (vgl. v. Wilmowski und Levy 5. Aufl. Note 2 zu § 430. A. M. Wach, Vorträge S. 130 und Troll V. U. S. 156).

[4]) Auch beim bedingten Endurtheil ist nach der Eidesleistung bezw. Weigerung zu verhandeln, allerdings nur darüber, ob die Bedingung der Verurtheilung eingetreten ist oder nicht (vgl. v. Wilmowski und Levy 5. Aufl. zu § 427).

Es ist das auch der Standpunkt der Motive, welche zu § 302 des Entwurfs (C.P.O. § 312) bemerken:

Die Abnahme eines Parteieides ist Aufnahme eines Beweises. Ein Termin, soweit er die Leistung eines solchen Eides zum Gegenstande hat, unterscheidet sich in nichts von einem sonstigen Beweisaufnahmetermine; die Folgen der Versäumniß desselben würden daher nur nach Maßgabe der Vorschrift des § 322 Abs. 2 (C.P.O. § 332 Abs. 2) beseitigt werden können. Bei der Bedeutung des Parteieides für die Entscheidung des Rechtsstreits oder eines Streitpunkts empfiehlt es sich aber, die Aufhebung der Folgen der Versäumung eines zur Eidesleistung anberaumten Termins in demselben Umfange zu gestatten, wie in dem Falle der Versäumung eines Verhandlungstermins. Zu dem Behufe betrachtet der Entwurf das Verfahren, welches die Leistung eines Parteieides betrifft, in Ansehung des säumigen Schwurpflichtigen als einen Zwischenstreit und bestimmt, über die Vorschrift des § 302 Abs. 2 (jetzt § 312 Abs. 2 C.P.O.) hinausgreifend und ohne Rücksicht darauf, ob die Leistung des Eides in einem bedingten Urtheil oder in einem Beweisbeschlusse angeordnet war, in § 413 (jetzt 430): Erscheint der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung anberaumten Termine nicht, so kann ein Versäumnißzwischenurtheil auch dann erfolgen, wenn der Termin nicht lediglich zur Leistung des Eides bestimmt war, und muß erfolgen, um die Folgen der Versäumung — daß der Eid als verweigert anzusehen sei — eintreten zu lassen.

Damit stimmt auch der Justizministerialentwurf von 1871 überein. Derselbe bestimmte in § 394, daß der Eid beim Nichterscheinen des Schwurpflichtigen als verweigert anzusehen sei. Im Titel vom Versäumnißurtheil hieß es in § 276: Als nicht erschienen ist auch diejenige Partei anzusehen, welche im Termin zwar erscheint, aber nicht verhandelt. Darauf folgte unmittelbar § 277, welcher ganz deutlich „Verhandeln" und „Verfahren bei Abnahme von Eiden" unterscheidet. In Abs. 1 wird bestimmt, daß die Vorschriften dieses Titels auf das Verfahren, welches einen Zwischenstreit zum Gegenstande hat, entsprechende Anwendung finden. Dann heißt es in Abs. 2: Als Zwischenstreit ist insbesondere anzusehen die Verhandlung über die Zulässigkeit eines Beweismittels oder über eine Beweiseinrede, das Verfahren, welches die Vorlegung oder die Echtheit einer Urkunde betrifft, sowie das Verfahren, welches die

Erklärung über die Zuschiebung eines Eides oder die Abnahme von Parteieiden zum Gegenstande hat.

Es fragt sich dann weiter, ob etwa anzunehmen wäre, daß § 298 C.P.O. nur eine ungeschickte Fassung erhalten hatte, so daß eine ausdehnende Interpretation geboten wäre. Gewiß nicht, der § 298 schloß sich an die §§ an, welche vom Nichterscheinen im Termine zur mündlichen Verhandlung redeten, und entschied in Beziehung hierauf die Streitfrage des hannoverschen Prozesses. Es kann sich daher m. E. nur fragen, ob etwa der § 430 C.P.O. ausdehnend zur Anwendung zu bringen wäre, um eine Lücke des Gesetzes auszufüllen. Ohne dringenden Grund darf man aber das Anwendungsgebiet des zu so vielen Verzögerungen Anlaß gebenden § 430 nicht erweitern. Prüfen wir die einzelnen Möglichkeiten:

1. Wenn eine Partei die Verhandlung ausdrücklich weigert, so kommt § 298 recht eigentlich zur Anwendung. Unzweifelhaft und unstreitig ist für den Fall ausdrücklicher Weigerung der Eidesleistung kein Raum für ein Versäumnißzwischenurtheil (vgl. § 429 Abs. 2 C.P.O.).

2. Troll (Vers.-Urtheil S. 151 Note 1) meint, der § 298 müsse zur Anwendung kommen, wenn der Schwurpflichtige zwar erschienen, aber beim Publikum im Sitzungssaale sei. Indessen, ohne dem Worte „erscheinen" Gewalt anzuthun, kann man sagen: Erschienen ist nur, wer sich auf Aufruf meldet. Wer sich im Zuhörerraum verborgen hält, erscheint nicht im Termine. Dazu hat man den § 298 nicht nöthig.

3. Es kann vorkommen, daß der ersuchte Richter Termin zur Leistung verschiedener Eide für beide Theile ansetzt, er aber im Termine nur dem Kläger die Eide abnimmt und übersieht, daß auch der Beklagte schwören muß. Hier kann natürlich von einer Versäumniß keine Rede sein. Stellt sich das Versehen demnächst bei der Verhandlung vor dem erkennenden Richter heraus, so läßt man einfach die unterlassene Handlung nachholen.

4. Es ist in der Praxis der Fall vorgekommen, daß das Protokoll eines ersuchten Richters, welcher beiden Theilen die in dem bedingten Endurtheile normirten Eide abzunehmen hatte, dahin lautete: Kläger leistete den im Urtheile u. s. w. ihm auferlegten Eid. Beklagter erklärte trotz Aufforderung nicht, ob er den Eid leisten oder weigern wolle. M. E. liegt aber hier eine Weigerung vor, denn der Schwurpflichtige kann nur entweder

a) nicht erscheinen, oder
b) zunächst einen Vorantrag z. B. auf Vertagung stellen, oder
c) schwören, oder
d) den Eid weigern.

Es kann nun allerdings unter Umständen Thatfrage sein, ob ein Erscheinen vorliegt. Ich habe oben schon hervorgehoben, daß der auf Aufruf sich gar nicht Meldende nicht erschienen ist. Dasselbe wird man auch sagen müssen, wenn er auf Aufruf nur vortritt, um anzuzeigen, daß er behindert sei, und dann fortgeht. Ebenso, wenn er gefragt, ob er den Eid leisten wolle, sagt: Ich will mir die Sache noch überlegen, und fortgeht. Bleibt er aber da, und stellt er auch nicht etwa einen Vorantrag, so weigert er den Eid, wenn er auf Aufforderung ihn nicht leistet. Das wird ja natürlich ein mit der Eidesabnahme beauftragter Richter dem Schwurpflichtigen auseinandersetzen. Das Wort „Weigern" ist nicht sakramental; die Weigerung erfolgt eben durch die Nichtleistung, und es würde sogar bedeutungslos sein, wenn der Schwurpflichtige bemerken wollte: „Ich weigere den Eid nicht", während er doch der Aufforderung den Eid zu leisten nicht nachkommt. Der § 420 C.P.O. ist zwar für solchen Fall nicht gegeben, da er nicht von dem Akt der Beweisaufnahme handelt, der Grund des § 420 C.P.O. aber trifft hier erst recht zu. Nichterklären trotz Aufforderung zur Erklärung auf den Eid bezw. hier zur Eidesleistung selbst kann man nur als Weigerung verstehen. — Man muß auch Folgendes berücksichtigen. § 298 würde jedenfalls nur in Zusammenhang mit § 299 zur Anwendung kommen können, also nur bei Total-Nichtleisten der im Termin von der betreffenden Partei zu leistenden Eide. Folglich würde § 430 C.P.O. nicht zur Anwendung kommen, wenn Beklagter einen Eid leisten will und nicht sagen will, ob er den andern Eid leisten oder weigern will. Will man letzteres nicht als Eidesweigerung auffassen, wie will man da weiter kommen? Der Amtsrichter würde also den einen Eid leisten lassen, dann würde vor dem Prozeßgerichte der Antrag zu stellen sein, nochmals Termin anzusetzen, und wenn nun der Schwurpflichtige bei seinem Eigensinn beharrt, so würde jetzt erst (weil nun Totalversäumniß) ein Versäumnißzwischenurtheil im demnächstigen Termin vor dem erkennenden Gerichte zu beantragen sein! Und selbst dies Aushülfsmittel würde nichts nutzen, wenn etwa die Eide in solchem Verhältniß stehen, daß der Eid, den der Schwurpflichtige zu leisten bereit ist, erst in Betracht

kommt, wenn der andere Eid geweigert wird, welchen er weder leisten noch weigern will. Da würde die Ausführung des Beweisbeschlusses bezw. bedingten Endurtheils einfach unmöglich sein, wenn man es nicht als Weigerung des Eides verstehen will, wenn er jede Erklärung, ob er zur Eidesleistung bereit sei, verweigert.

5. Troll (a. a. O. S. 151) will den § 298 dann zur Anwendung bringen, wenn der Schwurpflichtige Vertagung beantragt, weil er sich erst erkundigen wolle, oder wenn er die Eidesleistung ablehnt, weil sein Anwalt nicht mit erschienen sei. — Wenn mir ein Schwurpflichtiger die letzte Erklärung abgäbe, so würde ich ihm erwidern: „Weshalb Sie den Eid nicht leisten wollen, interessirt das Gericht nicht. Sie wollen also den Eid nicht leisten? Oder wollen Sie etwa Vertagung beantragen?" Dann wird er doch wohl das letztere thun. Wird ein Vertagungsantrag gestellt, so muß darüber verhandelt werden, der Schwurtermin beginnt noch nicht, man tritt in einen Verhandlungstermin ein. Erst nachdem der Beschluß auf Verwerfung des Vertagungsgesuchs verkündet worden, wird der Termin zu einem zur Eidesleistung bestimmten Termine. Ist also der Schwurpflichtige sofort nach Stellung seines Vertagungsgesuchs oder sobald ihm der Beschluß verkündet ist, fortgegangen, so ist nach § 430 Versäumnißzwischenurtheil gegen ihn zulässig, weil er nicht erschienen ist. Auch hier kann es allerdings Thatfrage sein, ob eine Partei als erschienen anzusehen ist, wenn sie — nun zur Eidesleistung wieder aufgefordert — noch Einiges redet und dann das Zimmer verläßt. Bleibt der Schwurpflichtige aber da, so kann er nur schwören oder weigern, und man muß es als Eidesweigerung verstehen, wenn er nun wieder auf seinen Vertagungsantrag zurückkommt, Gegenwart des Anwalts verlangt oder das Urtheil tadelt u. s. w., wie dergleichen ja wohl vorkommen mag.

Da es unter Umständen zweifelhaft sein kann, ob ein Nichterscheinen oder eine Weigerung vorliegt, so wird in solchen Fällen der Verlauf der Erklärungen und Handlungen des Schwurpflichtigen möglichst genau zu protokolliren sein. Einer Vorlesung und Genehmigung des Protokolls bedarf es solchen Falles aber nicht, denn abgesehen von den Fällen des § 148 Nr. 3 und 4 ist die „Feststellung" des Ergebnisses der Beweisaufnahme im Protokolle nicht vorgeschrieben.

6. Der Fall, da der Schwurpflichtige plötzlich im Termine erkrankt, bedarf keiner Erörterung; man wird dann, wenn nicht schon

deutliche Weigerung des Eides erfolgt war, vertagen. Ist der Schwurpflichtige betrunken oder beträgt er sich sonst unnütz, so daß er im Interesse der Ordnung hinausgewiesen wird (§ 144), so wird sich fragen, ob er schon vorher den Eid verweigert hatte (ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen); sonst ist er als nicht erschienen anzusehen. Das „auf Antrag" in § 144 hat hier keine besondere Bedeutung, weil ein Versäumnißzwischenurtheil doch auch nur auf Antrag erlassen wird.

Ein Bedürfniß, den § 430 C.P.O. auch auf den Fall des Erscheinens des Schwurpflichtigen nach § 298 C.P.O. auszudehnen, liegt daher nicht vor. Man darf allerdings nicht jede vorübergehende Anwesenheit in dem Sitzungssaale als Erscheinen auffassen.

17.

Ueber das Verfahren bei Abnahme des Offenbarungseides nach der Civilprozeßordnung.

Von Herrn Amtsrichter Paul Friedländer in Bütow.

Die Vorschriften der C.P.O. über den Offenbarungseid haben zu einer Fülle von Kontroversen Anlaß gegeben, so beginnt Staub seinen im Jahre 1885 veröffentlichten Aufsatz über den „Karakter des Offenbarungseidsverfahrens". Im Laufe der Jahre hat die Zahl der Streitfragen über das Verfahren bei Abnahme des Offenbarungseides eine solche Vermehrung erfahren, daß Förster in dem 1888 erschienenen zweiten Bande seines Kommentars der C.P.O. die Bestimmungen der §§ 780 ff. nicht ohne Grund als „die zur Zeit wohl bestrittenste Materie des Civilprozeßrechts" bezeichnet.

Die nachstehende Zusammenstellung dürfte annähernd erschöpfenden Aufschluß über die bisher bekannt gewordene, den Offenbarungseid betreffende Literatur gewähren.

Ueber den civilprozessualischen Offenbarungseid verhalten sich:

a) Folgende Aufsätze und Abhandlungen.

1. Wallmann. Deutsche Juristen-Zeitung Bd. 4 S. 190 (1880).
2. Fischer. Ladung im Civilprozeß, Gruchot Bd. 25 S. 621, 637, 802 (1881).

3. Drache. Mehrere Zweifel über § 781 C.P.O., Busch, Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 3 S. 314 (1881).
4. Meves. Lehrbuch des Preußischen Rechts und Prozesses, Supplementbd. 1 S. 450—454 (1881).
5. Rintelen. Systematische Darstellung des gesammten neuen Prozeßrechts Bd. 3 S. 417—420 (1881).
6. R. Zu § 781 C.P.O., Juristische Wochenschrift 1881 S. 28.
7. R. Die Kosten des Verfahrens betr. den Offenbarungseid. Daselbst S. 29. Die Aufsätze zu 6 und 7 sind abgedruckt bei Wallmann Bd. 4 S. 344, 363—365.
8. Bunsen. Zur Lehre von der Zwangsvollstreckung, Meckl. Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 298 ff., 319—327 (1882).
9. Krech. Der Offenbarungseid im Zwangsvollstreckungsverfahren, Gruchot Bd. 26 S. 218—273 (1882).
10. Mugdan. Ueber das Verfahren bei Abnahme des Offenbarungseides, Busch Bd. 5 S. 262 ff. (1882).
11. Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, Ergänzungsband 3 S. 1—4, 17—20 (1882).
12. Dieselben, 47. Jahrgang S. 129—134, 145 (1882).
13. Fitting. Der Reichs-Civil-Prozeß, Sechste Aufl. S. 340, 366, 371—373 (1884).
14. Wallmann. Deutsche Juristen-Zeitung Bd. 10 S. 522 (1885).
15. Staub. Der Karakter des Offenbarungseidsverfahrens, Juristische Wochenschrift 1885 S. 9—13.
16. Just. Ueber einige Fragen aus der Lehre vom Offenbarungseide, Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 68 S. 633 ff. (1885).
17. Francke. Der Offenbarungseid im Reichsrecht (1885).
18. Meyer. In welchen Fällen ist nach der C.P.O. der Erlaß eines Versäumnißurtheils zulässig? Busch Bd. 9 S. 345 (1886).
19. Hellmann. Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts S. 853—859 (1886).
20. E. Schmidt. Die gerichtliche Zwangsvollstreckung in Preußen S. 192—200 (1887).
21. Meyer. Anleitung zur Prozeßpraxis, Zweite Aufl. S. 326—333 (1888).
22. Schönfeld. Der Offenbarungseid und die Haft (1888).
23. Falkmann. Die Zwangsvollstreckung S. 316—332 (1888).

b) Folgende Entscheidungen von Landgerichten.

1. Dortmund. Beschluß 20. 5. 80, Wallmann Bd. 4 S. 437.
2. Chemnitz. Dsgl. 17. 6. 80, daselbst Bd. 4 S. 725.
3. Frankfurt a/M. Beschluß 13. 7. 81, daselbst Bd. 8 S. 9.
4. Dasselbe. Dsgl. 11. 10. 81, daselbst Bd. 8 S. 9.
5. Dasselbe. Urtheil 21. 3. 82, daselbst Bd. 8 S. 106.
6. Kiel. Beschluß 27. 3. 82, daselbst Bd. 7 S. 327.
7. Dresden. Dsgl. 18. 4. 83, Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 70 S. 158
8. Dasselbe. Dsgl. 29. 8. 83, daselbst Bd. 70 S. 156.
9. Düsseldorf. Dsgl. 24. 10. 84, Wallmann Bd. 10 S. 636.
10. Ungenannt. Dsgl. 23. 12. 85., Deutsche Justiz-Zeitung von Küpper 1885 S. 187, abgedruckt in der Zeitung der Anwaltskammer im O.L.G.-Bezirke Naumburg 1886 S. 36.
11. Halle. Beschluß 10. 2. 86, Zeitung der A.K. Naumburg 1886 S. 71.
12. Berlin I. Dsgl. 13. 4. 86, Jur. Wochenschrift 1886 S. 215.
13. Halle. Dsgl. 30. 10. 86, Zeitung d. A.K. Naumburg 1887 S. 7.
14. Schneidemühl. Urtheil 12. 2. 87, daselbst 1887 S. 24.
15. Metz. Beschluß 17. 5. 87, Jurist. Zeitschr. f. d. Reichsland Bd. 12 S. 354.
16. Halle. Dsgl. 10. 3. 88, Zeitung d. A.K. Naumburg 1888 S. 44.
17. Magdeburg. Dsgl. 23. 8. 88, daselbst 1888 S. 99.
18./19. Hannover. Zwei Beschlüsse, Busch Bd. 12 S. 263, 277.

c) Folgende Beschlüsse von Oberlandesgerichten.

1. Jena. Jur. Wochenschrift 1880 S. 159.
2. Hamburg. Wallmann Bd. 4 S. 152.
3. Dasselbe. Daselbst Bd. 4 S. 340.
4. Kammergericht. Beschluß 27. 10. 82, Wallmann Bd. 8 S. 48, theilweise abgedruckt in der Zeitung d. A.K. Naumburg 1888 S. 105.
5. Hamburg. Seuffert's Arch. d. Entscheidungen Bd. 40 S. 476.
6. Kassel. Daselbst Bd. 40 S. 246.
7. Dresden. Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichts Bd. 6 S. 280.

d) Folgende Entscheidungen des Reichsgerichts.

1. Urtheil. Entsch. d. R.G. in Strafsachen Bd. 6 S. 207, abgedruckt in Rechtsprechung des R.G. Bd. 4 S. 372.
2. Beschluß. Entsch. d. R.G. in Civilsachen Bd. 10 S. 411.

e) Folgende Kritiken.

1. Krech über Francke. Busch Bd. 9 S. 292.
2. Fischer über denselben. Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 70 S. 347.
3. Vierhaus über Schönfeld. Busch Bd. 12 S. 573.

f) Folgende Ministerialverfügungen.

Preußisches Just.=Min.=Bl. 1880 S. 41, 92, 222; 1882 S. 376; 1883 S. 243; 1885 S. 149; 1886 S. 340.

Sächsisches Just.=Min.=Bl. 1882 S. 59 ff., 68.

g) Materialien zur C.P.O. von Hahn. Zweite Aufl.

S. 84, 85, 92, 94, 95, 341, 452, 464, 468, 469, 828, 829, 858, 859, 865—867, 887, 992—1001, 1019—1021, 1530—1533, 1560, 1561, 1566—1571.

h) Bericht der Handelskammer zu Bielefeld für das Jahr 1887 S. 23—33, 134.

Die Aufsätze sind nach den Namen der Verfasser bezeichnet, ebenso die gebräuchlichen Kommentare der C.P.O. Die Paragraphen der C.P.O. sind lediglich als Paragraphen angeführt.

I.

1. Ueber die Voraussetzungen für die Abnahme des Offenbarungseides bestimmt § 711:

> Hat die Pfändung zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt, oder macht dieser glaubhaft, daß er durch Pfändung seine Befriedigung nicht vollständig erlangen könne, so ist der Schuldner auf Antrag verpflichtet, ein Verzeichniß seines Vermögens vorzulegen, in Betreff seiner Forderungen den Grund und die Beweismittel zu bezeichnen, sowie den Offenbarungseid dahin zu leisten:
>
> daß er sein Vermögen vollständig angegeben und wissentlich nichts verschwiegen habe,

und § 769:

> Hat der Schuldner eine bewegliche Sache oder von bestimmten beweglichen Sachen eine Quantität herauszugeben, so sind dieselben von dem Gerichtsvollzieher ihm wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben.
>
> Wird die herauszugebende Sache nicht vorgefunden, so ist der Schuldner verpflichtet, auf Antrag des Gläubigers den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo die Sache sich befinde.

Das Gericht kann eine der Lage der Sache entsprechende Aenderung der vorstehenden Eidesnorm beschließen.

Nach diesen Bestimmungen ist für beide Fälle des civilprozessualischen Offenbarungseides eine vorgängige fruchtlose Pfändung des Schuldners erforderlich und nur im Falle des § 711 dem Gläubiger nachgelassen, anstatt des Nachweises der Pfändung glaubhaft zu machen, daß er durch dieselbe nicht vollständig würde befriedigt werden.

Die Pfändung ist das Mittel der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen (§ 708). Die Zwangsvollstreckung findet statt aus vollstreckbaren Titeln gemäß §§ 644, 702, 706. Auch die Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen wird durch Pfändung bewirkt (§ 810). Wenn nun der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur eidlichen Offenbarung des Vermögens oder eines bestimmten Theils desselben verpflichtet ist, sobald die Pfändung zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat, und wenn durch Pfändung nicht allein die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen auf Grund vollstreckbarer Titel, sondern auch die Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen erfolgt, so ist bei dieser Gleichartigkeit der gesetzlichen Bestimmungen nicht abzusehen, weshalb nicht die aus einem Arrestbefehle fruchtlos versuchte Pfändung den Gläubiger ebenso zum Antrage auf Leistung des Offenbarungseides seitens des Schuldners berechtigen soll, als die aus einem anderen Schuldtitel erfolglos vorgenommene Pfändung. Die gegnerische Ansicht stützt sich darauf, daß die Pfändung im Wege des Arrestes Befriedigung, wenigstens zunächst, nicht im Auge habe, daß die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung auf die Vollziehung des Arrestes nach § 808 nicht weiter greifen dürfe, als der Zweck des Arrestes, und daß endlich ein Titel nicht ausreichend erscheine, in welchem über die Forderung des Gläubigers nicht erkannt sei. (Schönfeld S. 14, Förster § 808 Anm. 3 am Ende und Falkmann Literaturangabe S. 321).

Die Bedenken sind jedoch unbegründet. Denn nach § 808 finden auf die Vollziehung des Arrestes alle Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung, soweit nicht die nachfolgenden §§ 809—813 abweichende Bestimmungen enthalten; diese §§ enthalten aber nichts über die Unanwendbarkeit der Vorschriften über den Offenbarungseid. Die Bestimmung, daß der Offenbarungseid

nur verlangt werden dürfe, wenn die Pfändung zur Befriedigung des Gläubigers nicht geführt habe, steht nicht entgegen. Denn die Befriedigung, die der Gläubiger durch den Arrest erstrebt, ist die Sicherung der Zwangsvollstreckung, und um dem Gläubiger diese Sicherung zu ermöglichen, muß der Schuldner sein Vermögen offenbaren. An diesem Ergebniß kann die Erwägung, daß die Leistung des Offenbarungseides, dieses äußersten Mittels der Zwangsvollstreckung, beim Arreste soll verlangt werden dürfen, obwohl derselbe lediglich zur Sicherung eines noch nicht festgestellten Anspruchs bestimmt ist, ebenso wenig etwas ändern, wie das Bedenken des Landgerichts Halle (Zeitung der A. K. Naumburg, 1886 S. 71), man müßte, wenn man der hier vertretenen Ansicht folgte, auch die Haft zur Erzwingung des Eides zulassen, könne aber nicht annehmen, daß dies beabsichtigt gewesen sei, „zumal das Arrestverfahren ein höchst summarisches ist und in eine volle materielle Prüfung des Anspruchs hier nicht eingetreten werden kann." Dieser Grund trifft nicht zu. Denn trotz des summarischen Verfahrens, in welchem eine Feststellung des Anspruchs des Gläubigers nicht stattfindet, wird im Falle des Erfordernisses, um die gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sichern, der persönliche Sicherheitsarrest angeordnet (§ 798), welcher durch Haft vollzogen werden kann und in diesem Falle den Bestimmungen der §§ 785—794 unteriegt, denselben, die sich über die Haft des den Offenbarungseid verweigernden Schuldners verhalten.[1]) Struckmann-Koch (§ 798 Anm. 1) und Gaupp (§ 810 Anm. 3), sonst Gegner der hier vertretenen Ansicht, lassen denn auch den Personalarrest zu, „um die Zwangsvollstreckung in das Vermögen durch Leistung des Offenbarungseides zu sichern."

In der Praxis werden freilich der Abnahme des Offenbarungseides auf Grund eines Arrestbefehls häufig unüberwindliche Schwierigkeiten entgegenstehen. Denn da die Vollziehung des Arrestbefehls nach § 809 Abs. 2 unstatthaft ist, wenn seit dem Tage, an welchem der Befehl verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch derselbe erging, zugestellt ist, zwei Wochen verstrichen sind, so muß innerhalb dieser zwei Wochen nicht bloß die Pfändung, sondern auch die Ladung des Schuldners und die Leistung des Eides seitens desselben geschehen sein. Diese im Interesse und zum Schutze des Schuldners

---

[1]) Vgl. O.L.G. Hamburg bei Wallmann IV. 340.

gesetzte Frist kann der Gläubiger, wenn er auf formlose Art, das heißt nicht durch Zustellung, sondern durch einfache Aushändigung in den Besitz des Arrestbefehls gelangt ist, und denselben, ohne den Mangel zu rügen, dem Arrestschuldner hat zustellen lassen, nicht etwa dadurch ausdehnen, daß er die förmliche Zustellung an sich selbst beliebig später oder überhaupt nicht beantragt; er muß vielmehr für den Fristbeginn den Zeitpunkt für sich gelten lassen, in welchem auf sein Betreiben die Urkunde an den Gegner zugestellt ist (§ 198 Abs. 2. R.G. Jur. Woch. 1888 S. 425 Nr. 7).

In die zweiwöchige Frist des § 809 Abs. 2 muß nicht bloß die Anberaumung des Termins, sondern, wie bereits erwähnt, der Termin und die Leistung des Eides selbst fallen. Denn wenn auch sonst (vgl. Wilmowski-Levy § 809 Anm. 4) nur der Beginn der Vollziehung, nicht auch deren Fortsetzung und Ende an die Frist gebunden ist, und wenn auch das Verfahren zur Abnahme des Offenbarungseides mit der Ladung des Schuldners beginnt, so ist doch lediglich die Abnahme des Eides selbst diejenige Vollstreckungshandlung, die hier zur Vollziehung des Arrestes dient. Der Gläubiger, welcher den Schuldner auf Grund eines Arrestbefehls zur Leistung des Offenbarungseides ladet, wird also der Regel nach nur dann seinen Zweck erreichen, wenn der Schuldner zur Eidesleistung bereit ist. Denn wenn derselbe Widerspruch erhebt oder es auch nur auf einen Haftbefehl ankommen läßt, dann wird die zweiwöchige Frist im ersten Falle gewiß nicht, im zweiten nur ausnahmsweise ausreichen, um den Schuldner zur Leistung des Eides zu zwingen.[2])

Der Absatz 3 des § 809 kommt hier insofern in Betracht, als die Ladung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides vor der Zustellung des Arrestbefehls zulässig ist (s. u. S. 574).

Ein Titel zur Erzwingung der Leistung des Offenbarungseides ist auch die einstweilige auf Herausgabe beweglicher Sachen gerichtete Verfügung; es fehlen abweichende Vorschriften, und es kommen deshalb diejenigen über die Anordnung von Arresten nach § 815 zur entsprechenden Anwendung.

2. Der Leistung des Offenbarungseides muß in dem Regelfalle des § 711 die Pfändung des Schuldners vorausgehen. Durch Pfändung erfolgt die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

---

[2]) Vgl. die a. M. der drei Entscheidungen des Landgerichts Frankfurt a/M. bei Wallmann a. a. O.



Die Abnahme des Offenbarungseides ist also an den Nachweis der erfolglosen Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen des Schuldners nicht gebunden.

Zu dem der Pfändung unterliegenden beweglichen Vermögen gehören nach der Eintheilung der C.P.O. körperliche Sachen (§§ 712 ff.) und Forderungen und andere Vermögensrechte (§§ 729 ff.). Der Gläubiger hat lediglich die in körperliche Sachen fruchtlos versuchte Pfändung nachzuweisen, nicht auch, daß er dem Schuldner angeblich zustehende Forderungen oder andere Vermögensrechte nicht hat pfänden können. Denn damit würde dem Gläubiger die Pflicht auferlegt, Kenntniß von den Vermögensverhältnissen des Schuldners zu haben, die er gar nicht haben kann, wenn sie der Schuldner nicht offenbart. Der Gläubiger erbringt den ihm obliegenden Nachweis durch Vorlegung einer Abschrift des vom Gerichtsvollzieher über die erfolglose Pfändung aufgenommenen Protokolls. Die anstatt der Protokollsabschrift nicht selten von dem Gläubiger eingereichte Bescheinigung des Gerichtsvollziehers, die in der näher bezeichneten Sache vorgenommene Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Schuldners sei fruchtlos gewesen, wird man nicht für genügend erachten dürfen, weil damit der Gerichtsvollzieher sich selbst bescheinigt, daß er die Pfändung vorschriftsmäßig vorgenommen hat, während das zur Abnahme des Offenbarungseides bestimmte Vollstreckungsgericht selbständig zu prüfen hat, ob die Pfändung vorschriftsmäßig (vgl. preußische Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher — J.M.Bl. 1879 S. 205 — §§ 56, 58, 63, 64, 66, 71, 74) erfolgt und fruchtlos gewesen ist.

Diesem regelmäßigen Falle steht gleich, wenn der Gläubiger nachweist, daß er die von dem Gerichtsvollzieher gepfändeten Sachen „freigegeben" hat, nachdem von Dritten Eigenthumsansprüche oder sonstige, die Veräußerung hindernde Rechte im Sinne des § 690 an den Pfandstücken geltend gemacht sind. Die Geltendmachung muß nicht nothwendig im Wege der Klage erfolgt sein. Es genügt vielmehr, wenn der Gläubiger nachweist, daß der Dritte seine Ansprüche glaubhaft gemacht hat. (Ebenso Landgericht Dresden a. a. O. S. 156.) Andernfalls wäre der Gläubiger sowohl dem Schuldner wie dem Dritten gegenüber im Nachtheile; jener könnte der Verpflichtung, den Offenbarungseid zu leisten, aus dem Grunde widersprechen, weil die Pfändung Erfolg gehabt habe, und dieser hätte es in der Hand, die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach §§ 688 Abs. 2, 690 zu erlangen.

Bezüglich der Pfändung darf dem Gläubiger eine weitergehende Pflicht, als vorstehend ausgeführt, nicht auferlegt werden; wie denn auch Francke, welcher den Thatbestand des § 711 nur dann für erfüllt ansieht, wenn die Pfändung in das gesammte bewegliche Vermögen des Schuldners erfolgte, welches ihr in dem Bereiche der bezüglichen einheitlich ausgeübten deutschen Gerichtsbarkeit zugänglich war, die für die praktische Anwendbarkeit dieses Satzes wesentliche Einschränkung hinzufügt, dem Gläubiger und dessen Gerichtsvollzieher unbekanntes Vermögen des Schuldners könne selbstverständlich nicht in Betracht kommen (a. a. O. S. 8).

Der Gläubiger genügt der Vorschrift des § 711 auch dann, wenn er, anstatt nachzuweisen, daß die Pfändung zu seiner vollständigen Befriedigung nicht geführt habe, glaubhaft macht, daß er durch Pfändung seine Befriedigung nicht vollständig erlangen könne. § 266 kommt zur Anwendung. Ein häufig gebrauchtes Beweismittel ist die Vorlegung eines Protokolls über nicht zu lange vorher beim Schuldner fruchtlos versuchte Pfändung.

3. Liegen diese Voraussetzungen vor, dann ist im Falle des § 711 der Schuldner auf Antrag verpflichtet, ein Dreifaches zu thun, nämlich ein Verzeichniß seines Vermögens vorzulegen, in Betreff seiner Forderungen den Grund und die Beweismittel zu bezeichnen, sowie den Offenbarungseid dahin zu leisten, daß er sein Vermögen vollständig angegeben und wissentlich nichts verschwiegen habe. Diese Pflicht ist eine einheitliche, dergestalt, daß stets allen drei Erfordernissen vom Schuldner Genüge geleistet werden muß: es giebt keinen Offenbarungseid nach § 711 ohne Vorlegung des Vermögensverzeichnisses oder ohne Bezeichnung der dem Schuldner zustehenden Forderungen nach Grund und Beweismitteln. Der Schuldner hat einerseits nur den Grund und die Beweismittel der Forderungen anzugeben, nicht auch deren Höhe, wiewohl dem Gläubiger nicht selten gerade daran viel gelegen sein wird, die Höhe der Forderungen seines Schuldners zu erfahren, weil er mit Recht davon abhängig macht, ob eine Pfändung sich verlohnt. Andererseits ist es nicht in das Belieben des Gläubigers gestellt, die Offenbarungspflicht des Schuldners einzuschränken, etwa durch die Erklärung, er verlange von demselben lediglich die Offenbarung der körperlichen Sachen, nicht auch die Bezeichnung der Forderungen, oder umgekehrt. Denn zu der vollständigen Angabe des Vermögens gehört ebensowohl die Angabe der beweglichen Habe des Schuldners, wie die seiner

Forderungen, und zwar der beweglichen Habe, gleichviel, ob sie der Pfändung unterliegt oder nicht, und unter Bezeichnung des Ortes ihrer Aufbewahrung; vollständig ist das Vermögensverzeichniß auch nur dann, wenn es das unbewegliche Vermögen mit enthält.

4. Eidespflichtig ist der Schuldner, bezw. der gesetzliche Vertreter des Schuldners oder eine Mehrheit derselben. Im Falle der Leistung des Eides durch einen gesetzlichen Vertreter unterliegt auch die Norm des Eides nach § 711 einer Aenderung, da z. B. der Vormund eines Mündels nicht schwören kann, daß er sein Vermögen, sondern nur, daß er das Vermögen seines Mündels vollständig angegeben u. s. w.[3]) Eine entsprechende Anwendung des § 435 Abs. 2 dürfte für den Fall des § 711 ausgeschlossen sein.[4]) Denn da auch dem mehr als sechszehn Jahre alten Minderjährigen, sowie dem Verschwender die Verwaltung ihres Vermögens entzogen und der Stand desselben präsumtiv unbekannt ist, so wäre es ein Widerspruch, wollte man von ihnen die eidliche Offenbarung ihres Vermögens verlangen. Anders im Falle des § 769. Hier kann es sehr wohl vorkommen, daß — vgl. das von Brettner angeführte Beispiel, daß ein Mündel, zur Herausgabe eines werthvollen Ringes verurtheilt, denselben versteckt. Gruchot Bd. 25 S. 233 — die Eidesleistung durch den Minderjährigen und Verschwender für unbedenklich

---

[3]) Die Norm des Eides unterliegt auch dann einer Abänderung, wenn der Gemeinschuldner zur Leistung des Offenbarungseides nach § 115 K.O. geladen ist. Vgl. Wilmowski Konkursordnung 3. Aufl. S. 331, Otto Richter Konkursordnung S. 21, Willenbücher Konkursordnung S. 165. Francke a. a. O. S. 32, will den Eid des § 115 K.O. gleich dem Eide des § 711 unter der einen Voraussetzung gefaßt wissen, daß der Zusammenhang des Protokolls, zu welchem seine Fassung erfolgt, keinen Zweifel darüber aufkommen läßt, daß es das Vermögen zur Zeit der Konkurseröffnung ist, dessen vollständige Angabe betheuert wird. Meves (S. 451) bezeichnet die Fassung des Eides des § 711 als verba solennia, die nicht geändert werden können.

[4]) In der Fassung des Entwurfs eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuche lautet § 435 Abs. 2: Minderjährigen, welche das sechszehnte Lebensjahr überschritten haben, sowie Volljährigen, welche wegen Verschwendung entmündigt oder nach Maßgabe des § 1727 B.G.B. des vormundschaftlichen Schutzes für bedürftig erklärt sind, kann über Thatsachen, welche in Handlungen derselben bestehen oder Gegenstand ihrer Wahrnehmung sind, der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben werden, sofern dies von dem Gerichte auf Antrag des Gegners nach den Umständen des Falles für zulässig erklärt wird. Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines E.G. S. 76 und Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. Bd. 1 S. 151, 152.

und zugleich für angemessener zu erachten ist, als die Eidesleistung durch den gesetzlichen Vertreter (vgl. Falkmann S. 320 Anm. 6).

II.

1. Ueber das Verfahren bei Abnahme des Offenbarungseides bestimmt die C.P.O. wie folgt:

§ 780. Für die Abnahme des Offenbarungseides ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Schuldner im deutschen Reiche seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen seinen Aufenthaltsort hat, als Vollstreckungsgericht zuständig.

§ 781. Das Verfahren beginnt mit der Ladung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides.

Bestreitet der Schuldner die Verpflichtung zur Leistung des Eides, so ist von dem Gerichte durch Urtheil über den Widerspruch zu entscheiden. Die Eidesleistung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils.

§ 782. Gegen den Schuldner, welcher in dem zur Leistung des Offenbarungseides bestimmten Termine nicht erscheint oder die Leistung des Eides ohne Grund verweigert, hat das Gericht zur Erzwingung der Eidesleistung auf Antrag die Haft anzuordnen.

§ 783. Der verhaftete Schuldner kann zu jeder Zeit bei dem Amtsgerichte des Haftorts beantragen, ihm den Eid abzunehmen. Dem Antrage ist ohne Verzug stattzugeben.

Nach Leistung des Eides wird der Schuldner aus der Haft entlassen und der Gläubiger hiervon in Kenntniß gesetzt.

§ 784. Ein Schuldner, welcher den im § 711 erwähnten Offenbarungseid geleistet hat, ist zur nochmaligen Leistung des Eides auch einem anderen Gläubiger nur verpflichtet, wenn glaubhaft gemacht wird, daß er später Vermögen erworben habe.

Das in diesen §§ geordnete Verfahren beschränkt sich auf diejenigen Offenbarungseide, welche im Zwangsverfahren selber auferlegt werden, ist dagegen unanwendbar bei den civilrechtlich gebotenen Offenbarungseiden. (Vgl. R.G. Jur. Woch. 1888 S. 408 Nr. 11. A. M. allein Mugdan bei Gruchot a. a. O.)

Das in Abweichung von § 684 im § 780 bezeichnete Amtsgericht ist für die Abnahme des Offenbarungseides nach § 707 ausschließlich zuständig; eine anderweite Vereinbarung der Parteien ist deshalb unzulässig (§ 40 Abs. 2). Der Abnahme des Eides durch ein ersuchtes Gericht steht jedoch nichts entgegen, „da das ersuchte

Gericht nur als Organ des ersuchenden Gerichts fungirt." (So: Oberlandesgericht Breslau. Beschluß vom 23. Juli 1886 in Sachen betr. die Wollheim'sche Konkursmasse zu Bautzen; vgl. auch Materialien S. 341.) Die Ladung des Schuldners erfolgt seitens des Gläubigers stets vor das nach § 780 zuständige Gericht. Findet dasselbe einen Grund, die Abnahme des Eides gemäß § 441 einem anderen Gerichte zu übertragen, so hat das ersuchte Gericht nicht, wie das Oberlandesgericht Dresden a. a. O. als möglich hinstellt, den Gläubiger zur Einreichung einer neuen Ladung behufs Terminsbestimmung auf Grund des ergangenen Ersuchens zu veranlassen, vielmehr ohne weiteres Termin zu bestimmen und durch seinen Gerichtsschreiber die Ladung des Schuldners zu besorgen, wenn nicht der Gläubiger sich vorbehalten hat, selbst zu laden (§§ 458, 462).

2. Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte des § 780 beginnt mit der Ladung, d. h. mit der vom Gläubiger ausgehenden, schriftlichen oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärten, an den Schuldner gerichteten Aufforderung,[5]) in dem vom Amtsgerichte zur Leistung des Offenbarungseides bestimmten Termine zu erscheinen. Auf eine solche Ladung erfolgt die Anberaumung des Termins binnen 24 Stunden[6]) durch den Amtsrichter, falls derselbe nach Prüfung der Sachlage dafür hält, daß die Voraussetzungen für die Abnahme des Offenbarungseides vorliegen.

Es kann nicht zugegeben werden, daß diese Ansicht mit der herrschenden Meinung in schroffem Widerspruche stehe (so: Bierhaus a. a. O.), da die hier vertretene Ansicht von Francke (S. 59), Just (S. 354), Hellmann (S. 854), Mugdan (S. 268), Staub (S. 9), Schönfeld (S. 10, 13, 16), Wilmowski-Levy (S. 1010), wohl auch von Fischer (civ. Arch. Bd. 70 S. 347) vertheidigt wird. Die entgegengesetzte Meinung findet ihre hauptsächlichen Vertreter in Krech (Gruchot Bd. 26 S. 241) und Struckmann-Koch (S. 867). Sie erscheint jedoch unrichtig.

Man wird von dem Satze Wach's als einem allgemein anerkannten Lehrsatze ausgehen können: Die Ladung ist ein Akt der prozessualischen Zwangsgewalt (Vorträge S. 50). Sie wird es durch

---

[5]) Ist der Schuldner vertreten, so muß die Ladung nach §§ 162, 163 dem Prozeßbevollmächtigten zugestellt werden. (Beschluß des Kammergerichts vom 27. Oktober 1882 a. a. O.)

[6]) „Die Anberaumung des Termins braucht nicht innerhalb 24 Stunden zu erfolgen; denn dieselbe ist zugleich eine Entscheidung." Francke S. 66.

die vom Richter ausgehende Terminsbestimmung (Eccius, Gruchot Bd. 29 S. 3). Hieraus in Verbindung mit dem Umstande, daß es sich vorliegend nicht um eine Terminsbestimmung zwecks obligatorischer mündlicher Verhandlung, sondern um eine solche im Zwangsvollstreckungsverfahren handelt, daß die Terminsbestimmung selbst also einen Theil des Zwangsvollstreckungsverfahrens darstellt, dessen Beginn an die Voraussetzungen des § 671 gebunden ist, folgt, daß die Bestimmung des Termins zur Leistung des Offenbarungseides nur erfolgen darf, wenn der Gläubiger den vollstreckbaren Schuldtitel nebst Zustellungsurkunde[7]) und die Abschrift des Protokolls über erfolglose Pfändung vorlegt oder glaubhaft macht, daß er durch Pfändung seine Befriedigung nicht vollständig erreichen könne — und wenn die Zuständigkeit des angerufenen Amtsgerichts nach § 780 begründet ist. Mugdan kommt a. a. O. zu demselben Ergebniß, indem er hervorhebt, daß nach den §§ 1110, 1111 des preußischen Entwurfs die Prüfung der Zulässigkeit des Offenbarungseides erst im Termine erfolgen sollte, und daß der Gesetzgeber diese Bestimmung absichtlich weggelassen, bezw. dahin geändert habe, daß die Prüfung schon bei der Ladung geschehen müsse; er weist mit vollem Rechte darauf hin, daß diese Aenderung nur gebilligt werden könne: sie mache es unmöglich, daß der erste Beste einen Anderen, gegen den er nicht den geringsten Anspruch zu erheben vermag, zur Leistung des Offenbarungseides unter dem harten Präjudiz des § 782 lade und ihm durch Bekanntwerden der Ladung — bei Beamten[8]) ergehe Anzeige an die vorgesetzte Behörde — erhebliche Nachtheile zufüge. Struckmann-Koch (S. 867), denen Falkmann (S. 326) folgt, führen dagegen aus: man berufe sich mit Unrecht auf § 671, denn der Beginn der Zwangsvollstreckung im Manifestationsverfahren liege erst in der richterlichen Anordnung des Eides, nicht in der bloß vorbereitenden Handlung der Terminsanberaumung. Hiervon ist nur richtig, daß die Terminsanberaumung die Abnahme des Eides vorbereitet. Im übrigen ist entgegen zu halten, daß das Manifestationsverfahren als solches — dies ergiebt sich schon aus der Stellung des dasselbe behandelnden vierten Abschnitts in dem „Zwangsvollstreckung" überschriebenen achten Buche der C.P.O. — von Anfang bis zu Ende zum Zwangsvollstreckungsverfahren gehört, und daß

---

[7]) Ausnahme gemäß § 809 Abs. 3 beim Arrestbefehle. (S. o. S. 568).
[8]) Auch bei Offizieren preuß. J.M.Bl. 1880 S. 41, 92.

deshalb der Gegensatz „Zwangsvollstreckung im Manifestationsverfahren" überhaupt nicht besteht. Das ganze Verfahren betr. Abnahme des Offenbarungseides ist Zwangsvollstreckung. Da der Beginn dieser Zwangsvollstreckung in der Ladung liegt, und da die Ladung die Eigenschaft eines Aktes prozessualischer Zwangsgewalt erst durch die richterliche Bestimmung des Termins erhält, so stellt die Terminsbestimmung[9]) den Beginn des Manifestationsverfahrens, also der Zwangsvollstreckung, dar.

Kretch beschränkt sich (S. 241) auf die Behauptung, eine vorgängige — sc. der Terminsbestimmung vorhergehende — Prüfung finde weder bezüglich der gesetzlichen Voraussetzungen nach §§ 711, 769, noch bezüglich der Zuständigkeit nach § 780 statt, und bezieht sich zur Begründung auf Fischer (Gruchot, Bd. 25 S. 629); ob mit Recht, kann dahin gestellt bleiben, da Fischer an anderer Stelle (civ. Arch. Bd. 70 S. 347) der hier vertretenen Ansicht sich zu nähern scheint, indem er sagt, die Frage, ob die Terminsbestimmung nur nach Prüfung der materiellen Begründung des in dem Termine zu erledigenden Antrages gewährt werde, sei von Francke zwar gefördert, aber sicherlich nicht zum Abschlusse gebracht.

Mit der Anberaumung des Termins zur Leistung des Offenbarungseides entscheidet das Gericht gleichzeitig über die Zulässigkeit der Abnahme dieses Eides, ohne indessen an diese Entscheidung gebunden zu sein. Staub, dessen abweichende Ansicht unten behandelt werden wird, stellt auch die Regel auf, zunächst müsse der Gläubiger beantragen, das Offenbarungseidsverfahren einzuleiten, und erst, wenn das Gericht beschlossen habe, daß der Schuldner verpflichtet sei, den Eid zu leisten, oder daß das Offenbarungseidsverfahren einzuleiten, dann könne der Gläubiger zur Eidesleistung laden (a. a. O. S. 10). Diese Theilung ist im Gesetze nicht begründet. Denn zunächst ist von Staub die Frage offen gelassen, ob das Vollstreckungsgericht des § 684 oder dasjenige des § 780 über die Einleitung des Offenbarungseidsverfahrens zu befinden habe, und sodann steht der Annahme, daß vor der Ladung eine gesonderte Entscheidung über die Zulässigkeit des Verfahrens stattfinden müsse, der Wortlaut des § 781 entgegen: das Verfahren beginnt mit der Ladung.

---

[9]) Bei der Terminsbestimmung ist die dreitägige Ladungsfrist des § 194 zu beachten, aber auch stets genügend, weil es sich um eine Ladung in einer anhängigen Sache handelt. (S. u. S. 593.)

Es gilt vielmehr der Satz: ohne Ladung keine Entscheidung über die Zulässigkeit des Verfahrens.

3. In dieser vom Gläubiger ausgehenden Ladung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides liegt der Antrag des Gläubigers, dem Schuldner den Offenbarungseid abzunehmen. Der Antrag ist eine Erklärung an das Gericht, nicht an den Schuldner, wie Francke überzeugend und erschöpfend gegen Krech (S. 234/35) nachgewiesen hat (S. 14).[10]) Die Ladung wird deshalb etwa folgenden Inhalt haben:

Görlitz, 2. Februar 1889. In Zwangsvollstreckungssachen des A., Gläubigers, gegen den B., Schuldner, ist letzterer durch das vollstreckbare Urtheil[11]) des Kgl. Landgerichts zu Görlitz vom 20. Dezember 1888 gehalten, 400 M. zu zahlen — — den Stutzflügel, gezeichnet Bechstein Nr. 10, herauszugeben. Die Zwangsvollstreckung hat keinen Erfolg gehabt. Beweis: Ausfertigung des Urtheils und Abschrift des Pfändungsprotokolls, welche auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt sind. Der Schuldner wird deshalb zur Leistung des Offenbarungseides mit der Aufforderung geladen, in dem vom Gerichte bestimmten Termine ein Verzeichniß seines Vermögens vorzulegen und in Betreff seiner Forderungen den Grund und die Beweismittel anzugeben — — den Eid dahin zu leisten, daß er den Stutzflügel, gezeichnet Bechstein Nr. 10, nicht besitze, auch nicht wisse, wo derselbe sich befinde. An das Kgl. Amtsgericht zu Görlitz.

Diese Vollständigkeit der Ladung wird sich zum Nutzen des Gläubigers um so mehr empfehlen, als erfahrungsmäßig die dem Schuldner im Falle des § 711 obliegende Pflicht der Errichtung eines Vermögensverzeichnisses weiten Kreisen unbekannt ist.

Erfolgt die Anberaumung des Termins zur Leistung des Offenbarungseides, so kommt § 458 zur Anwendung. Wird dagegen die Terminsbestimmung abgelehnt, so ist der Beschluß dem Gläubiger von Amtswegen zuzustellen und, weil im Zwangsvollstreckungsver-

---

[10]) Krech meint, es sei Sache des Schuldners und Theil der demselben obliegenden Manifestationspflicht, bei dem Gerichte die Abnahme des Eides zu beantragen. S. 241, 244 Anm. 78.

[11]) Für die Ladung fruchtlos gepfändeter Gerichtskostenschuldner ergiebt sich eine Modifikation aus § 27 der Verordnung vom 7. September 1879 (G.S. S. 591). Wegen der Ladungsbefugniß der Gerichtskassen-Rendanten vgl. preuß. J.M.Bl. 1886 S. 340.

fahren ohne mündliche Verhandlung erlassen, gemäß §§ 684 Abs. 3, 701 mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar.[12])

III.

Ueber das Wesen des Termins zur Leistung des Offenbarungseides herrscht lebhafter Streit. Als herrschende Meinung dürfte anerkannt sein, daß jener Termin ein Termin zur mündlichen kontradiktorischen Verhandlung nicht ist. So sagt z. B. Krech (S. 239/40): Der Termin ist, wie die Ladung lediglich zur Leistung des Offenbarungseides erfolgt, so auch nur zu diesem Zwecke bestimmt . . . . Der Gläubiger, welcher den Schuldner zur Leistung des Offenbarungseides ladet, will mit diesem zunächst garnicht mündlich verhandeln. Francke meint (S. 55): § 781 Abs. 1 kennzeichnet seine Ladung ausdrücklich als eine solche zu einer Verhandlung, welche keine mündliche ist im Sinne der §§ 119 ff. Denn § 781 Abs. 1 befiehlt nicht etwa zu laden zur Verhandlung über den Offenbarungseid, sondern vielmehr zur Leistung des Offenbarungseides. Auch Staub (S. 11) vertritt die Ansicht: es ladet in diesem Verfahren der Gläubiger den Schuldner zur Leistung des Offenbarungseides, nicht zur mündlichen Verhandlung, für welche es am Gegenstande fehlt. In gleichem Sinne äußern sich Meyer bei Busch (Bd. 9 S. 345) und Just (S. 353).

Der als herrschend bezeichneten Meinung wird mit einer Einschränkung beizutreten sein. Nach dem klaren Wortlaute des § 781 Abs. 1 erfolgt zwar die Ladung des Schuldners lediglich zur Leistung des Offenbarungseides, und deshalb ist der Termin auch zunächst zu nichts anderem bestimmt, als eben zur Leistung des Eides. Dies wird aber anders, sobald der Schuldner Einwendungen erhebt. Denn § 782 schreibt vor: Gegen den Schuldner, welcher in dem zur Leistung des Offenbarungseides bestimmten Termine . . . . die Leistung des Eides ohne Grund verweigert, hat das Gericht u. s. w. Aus diesem Wortlaute ergiebt sich zunächst, daß die Weigerung des Schuldners, soll sie Beachtung finden, nur in dem Termine zu erklären, wodurch selbstverständlich eine Vorbereitung durch Schriftsatz nicht ausgeschlossen wird, und sodann, daß der zur Leistung des Offenbarungseides bestimmte Termin auch zur Verlautbarung der Weigerung des

---

[12]) Ebenso Francke S. 67. A. M. Krech (S. 244), welcher freilich nicht eine Ablehnung der Terminsbestimmung, wohl aber die der Eidesabnahme kennt und gegen den bez. Beschluß nur die einfache Beschwerde zuläßt.

Schuldners bestimmt ist. Was für die Verweigerung des Eides nach § 782 verordnet ist, muß aber auch für das Bestreiten nach § 781 Abs. 2 gelten. Denn in beiden Fällen handelt es sich um Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, von dem Schuldner zu dem Zwecke erhoben, die Eidesleistung zu umgehen. Man wird also, ohne der Gefahr eines Mißverständnisses ausgesetzt zu sein, sagen können: Der Termin ist nicht bloß zur Leistung, sondern auch zur Nicht-Leistung des Offenbarungseides bestimmt. Diese Nicht-Leistung hat ihren Grund entweder im Bestreiten oder im Verweigern (oder, was dem Verweigern in der Wirkung gleichsteht, in dem Ausbleiben des Schuldners). Bestreitet der Schuldner die Verpflichtung zur Leistung des Eides, so wird mündlich verhandelt und die Verhandlung mit einem Urtheile beendigt; verweigert der Schuldner die Eidesleistung mit oder ohne Grund, so endet der Termin mit dem Erlasse eines den Gläubiger abweisenden oder die Haft des Schuldners anordnenden Beschlusses.

Wenn daher auch der Gläubiger mit dem Schuldner über die Leistung des Offenbarungseides nicht verhandeln *will* und nicht zu einer solchen Verhandlung, sondern nur zur Eidesleistung den Schuldner ladet, so muß er doch darauf vorbereitet sein, daß es zur Verhandlung kommt, weil das Gesetz dem Schuldner das Recht giebt, in dem zur Leistung des Eides bestimmten Termine die Verpflichtung zur Leistung des Eides zu bestreiten. Hieraus ergiebt sich, daß der an sich nicht zur Verhandlung bestimmte Termin zur Leistung des Offenbarungseides auch werden kann ein Termin zur Verhandlung über die Verpflichtung zur Leistung des Eides (vgl. *Oberlandesgericht Hamburg* in Seuff. Arch. Bd. 40 S. 476).

2. Der Fall des § 781 Abs. 1 ist *nach dem Willen des Gläubigers* der, daß der zur Leistung des Offenbarungseides geladene Schuldner den Eid leistet. Hierzu ist nothwendig auf Seiten des Schuldners, daß er erscheine und ein vorschriftsmäßiges Vermögensverzeichniß vorlege,[13]) auf Seiten des Gläubigers, daß er entweder persönlich erscheine, bezw. durch seinen Prozeßbevollmächtigten sich vertreten lasse, und Schuldtitel nebst Pfändungsprotokoll vorlege, oder daß er diese Urkunden, die er nach der Anberaumung des Termins zur Eidesleistung mit der Ladungsschrift zurückerhalten hat, dem Gerichte wiederum eingereicht habe. Die Anwesenheit

[13]) Vgl. wegen der Vertretung des Schuldners oben S. 571.

oder Vertretung des Gläubigers im Termine ist nicht unbedingt erforderlich.[14]) Denn er hat seinen Antrag bereits in der Ladung zum Ausdrucke gebracht und braucht ersteren nicht mündlich zu wiederholen, da eine mündliche Verhandlung nicht stattfindet. Dagegen müssen dem Gerichte in dem Termine Schuldtitel und Pfändungsprotokoll vorliegen oder vorgelegt werden. Denn die Abnahme des Offenbarungseides ist eine gerichtliche Handlung der Zwangsvollstreckung, bei deren Vornahme die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zu prüfen ist. Diese Prüfung wird durch die bei Anberaumung des Termins zur Eidesleistung vorzunehmende gleichartige Prüfung nicht etwa überflüssig.[15]) Denn ganz abgesehen von dem Falle, daß die Terminsbestimmung von einem anderen Richter als dem, der den Eid abnimmt, ausgegangen ist, liegt dem Gerichte die Pflicht auf, bei jeder Vollstreckungshandlung von neuem zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für deren Vornahme vorliegen. Hiergegen ist nicht einzuwenden, daß das Verfahren zur Abnahme des Offenbarungseides von seinem Beginne an ein einheitliches ist. Denn dieses einheitliche Verfahren besteht aus mehreren selbständigen Handlungen, deren eine nicht nothwendig eine andere zur Folge hat. Enthält die Terminsbestimmung zugleich die Entscheidung, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für die Vornahme der vom Gläubiger jetzt betriebenen Zwangsvollstreckung vorhanden sind, so liegt dieselbe Entscheidung — unter Berücksichtigung etwaiger seit der Terminsanberaumung geschehener Vorkommnisse — in der Abnahme des Eides.

Die Entscheidung ist von Amtswegen zu treffen, sodaß die Abnahme des Eides beim Fehlen jener Voraussetzungen durch einen, der sofortigen Beschwerde unterliegenden Beschluß selbst dann abzulehnen ist, wenn der Schuldner sich zur Leistung des Eides bereit erklärt. Denn es steht, wie Krech (S. 243) mit Recht sagt, hier öffentliches Recht in Frage, und deshalb darf der verständige Richter, wenn der Schuldner allein erscheint und das Vorhandensein aller gesetzlichen Voraussetzungen seiner Manifestationspflicht einräumend sich zur Leistung des Eides bereit erklärt, mit nichten daraus fast in allen Fällen — so Krech a. a. O. — die Ueberzeugung ge-

[14]) Drache und der nicht genannte Verfasser des Aufsatzes in den Bl. f. Rechtsanwendung zunächst in Bayern Bd. 47 S. 133 halten das Erscheinen oder die Vertretung des Gläubigers und dessen mündlichen Antrag auf Abnahme des Eides in allen Fällen für erforderlich. (S. u. S. 597.)

[15]) Ebenso Francke S. 68. A. M. Staub S. 10.

winnen, daß diese Voraussetzungen in der That vorhanden sind, muß vielmehr diese Ueberzeugung aus selbstthätiger Prüfung ableiten. Für diese erneute Prüfung spricht auch die praktische Erfahrung, daß Personen, gegen welche ein vollstreckbarer Titel garnicht vorliegt, die also Schuldner im Sinne des achten Buches der C.P.O. garnicht sind, lediglich wegen der nach ihrer Ansicht vom Gerichte ausgehenden Ladung glauben, zur Eidesleistung verpflichtet zu sein.

3. Ergiebt die Prüfung kein Bedenken und erhebt der Schuldner keine Einwendung, so wird ihm der Offenbarungseid abgenommen, nachdem er ein Vermögensverzeichniß vorgelegt oder zu Protokoll errichtet hat. Eine solche Errichtung des Vermögensverzeichnisses zum gerichtlichen Protokolle im Termine wird man im Interesse des Schuldners nur dann zulassen dürfen, wenn er eine beschränkte Anzahl von Sachen oder Forderungen als sein Vermögen angiebt. Andernfalls muß dem Schuldner aufgegeben werden, bis zu einem neu anzuberaumenden Termine[16]) das Verzeichniß zu Hause zu errichten. Dies um deshalb, weil der Schuldner sonst Gefahr läuft, seiner Eidespflicht aus Fahrlässigkeit entgegenzuhandeln. Denn er hat zu schwören, daß er sein Vermögen vollständig angegeben habe; dieser Eid ist objektiv falsch, sobald feststeht, daß der Schuldner sein Vermögen nicht vollständig angegeben habe. Eine unvollständige Angabe des Vermögens kann aber nicht bloß darin ihren Grund haben, daß der Schuldner bestimmte Theile seines Vermögens wissentlich verschwiegen hat, sondern auch darin, daß er aus Unaufmerksamkeit Vermögenstheile anzugeben unterlassen hat, welche mit Anwendung gehöriger Sorgfalt von ihm hätten mit aufgeführt werden müssen. (So: R.G.Entsch. in Strafsachen Bd. 6 S. 205.)

Das vom Schuldner vorgelegte Vermögensverzeichniß ist mit demselben durchzugehen, damit er etwaige Lücken ausfüllen und Undeutlichkeiten aufhellen kann. Dabei hat der Richter gemäß § 442 den Schuldner in angemessener Weise auf die Bedeutung des Eides im allgemeinen und die des Offenbarungseides im besondern hinzuweisen (Materialien, Bd. 1 S. 675). Der gewissenhafte Richter kann bei dieser Hinweisung mit Rücksicht auf die — vom Abge-

---

[16]) Wird neuer Termin anberaumt, so genügt dessen Verkündung, und es bedarf keiner erneuten Ladung seitens des Gläubigers § 195. Ebenso Francke h Meves S. 452. A. M. Förster § 782 Anm. 2.



ordneten Reichensperger hervorgehobene (Materialien, Bd. 1 S. 828) — in dem Wesen des Offenbarungseides liegende Gefahr der Leistung eines Meineides nicht genau genug verfahren. Er wird den Schuldner nach Maßgabe der angezogenen Entscheidung des Reichsgerichts zu belehren haben, daß trotz der Fassung des Eides — verbis: „wissentlich“ im § 711 und „nicht wisse“ im § 769 — nicht bloß eine Bestrafung wegen wissentlichen Meineides, sondern auch wegen fahrlässigen Falscheides eintreten könne; er wird ferner darauf hinweisen müssen, daß auch das unbewegliche Vermögen zu offenbaren ist, weiterhin, daß Vermögen den Inbegriff der Vermögensrechte bedeutet, daß der Schuldner also alle Bestandtheile seines beweglichen Vermögens, ausgenommen die Schulden, insbesondere auch diejenigen Sachen und Forderungen anzugeben hat, die der Pfändung nicht unterliegen (s. u. S. 589). Die Befragung des Schuldners, ob er wegen Meineides bestraft sei, erfolgt nicht; denn die Verurtheilung wegen Meineides hat nur die dauernde Unfähigkeit des Verurtheilten zur Folge, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, ist dagegen im übrigen auf seine Eidesfähigkeit ohne Einfluß (§ 161 Str.G.B.).

4. Die Abnahme des Offenbarungseides enthält zwar zugleich die Entscheidung darüber, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für diese gerichtliche Handlung der Zwangsvollstreckung vorhanden sind. Damit wird aber der Termin zur Leistung des Offenbarungseides noch kein öffentlicher im Sinne des § 170 G.V.Gs., welcher bestimmt: die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, einschließlich der Verkündung der Urtheile und Beschlüsse desselben, erfolgt öffentlich. Denn die Worte: die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte sagen nichts anderes als: die eigentliche mündliche Verhandlung erfolgt öffentlich. Einer solchen mündlichen Verhandlung fehlt es aber, wie Staub a. a. O. zutreffend hervorhebt, am Gegenstande, falls der Schuldner zur Eidesleistung bereit ist. Denn dann wird lediglich der Eid vom Schuldner erhoben, nachdem das Gericht die Voraussetzungen für die Abnahme geprüft, das Vermögensverzeichniß mit dem Schuldner durchgenommen und ihn über die Bedeutung des Eides belehrt hat. Es kann vorkommen, daß der im Termine anwesende Gläubiger das Wort erbittet und erhält, um den Schuldner nach dem Verbleibe dieser oder jener Sache zu fragen. Wenn auch der Schuldner die Antwort ertheilt; so hat doch eine mündliche Verhandlung nach §§ 119 ff. nicht stattgefunden: es besteht

kein Streitverhältniß zwischen den Parteien, und weder der Gläubiger noch der Schuldner hat in der Verhandlung Anträge gestellt.

Ganz anders verhält es sich, wenn der Schuldner seine Verpflichtung zur Leistung des Eides bestreitet. Denn über diesen Widerspruch ist mündlich zu verhandeln und durch Urtheil zu entscheiden (§ 781 Abs. 2).

In diesem Falle ist demnach die Verhandlung öffentlich, dagegen in dem Falle des § 781 Abs. 1 und auch in dem des § 782 nicht öffentlich.[17])

Wenn die Verhandlung mit dem zur Eidesleistung bereiten Schuldner auch nicht öffentlich erfolgt, so hindert doch nichts, daß das Gericht in entsprechender Anwendung des § 271 Abs. 2 dritten Personen, welche ein rechtliches Interesse glaubhaft machen, z. B. anderen Gläubigern, die sich überzeugen wollen, ob der Schuldner bereits fruchtlos gepfändet ist, die Einsicht der Akten gestattet. Ebenso ist die Anlegung besonderer Verzeichnisse aller derer, welche den Offenbarungseid geleistet haben, nicht ausgeschlossen (Struckmann-Koch § 780 Anm. 4). Für die sächsischen Amtsgerichte ist sogar durch § 28 der Verordnung vom 1. August 1882 (Kgl. sächs. Just.-Min.-Blatt 1882 S. 68) bestimmt:

> Bei jeder Gerichtsschreiberei ist in der Form von Akten ein alphabetisch eingerichtetes Namensverzeichniß derjenigen Personen zu halten, welche den Offenbarungseid geleistet haben. Wird dem Gerichtsschreiber bekannt, daß eine in das Verzeichniß eingetragene Person nachmals den bez. die Gläubiger, auf deren Verlangen der Offenbarungseid geschworen worden ist, befriedigt habe, so ist dies in dem Verzeichnisse zu bemerken. Das Verzeichniß kann von Personen, welche ein sachliches Interesse daran glaubhaft machen, eingesehen werden.
>
> Das Verzeichniß soll nach folgendem Muster geführt werden:

Fortl. Nr.	Namen u. s. w. desjenigen, der den Offenb.-Eid geleistet.	Tag der Eidesleistung.	Betrag der Schuld, wegen welcher der Eid geleistet worden.	Bemerkungen.

[17]) „Weil die Ladung nicht zu einer mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte erfolgt (§ 170 G.V.G.), findet der Grundsatz der Oeffentlichkeit hier keine Anwendung, und ist der Schuldner demnach nicht in die öffentliche Sitzung des Amtsgerichts, sondern in das gewöhnliche Zimmer des Amtsrichters zu laden (§ 684 Abs. 3)". Bl. f. Rechtsanw. zunächst in Bayern, Ergänzungsbd. 3 S. 3. Diese Unterscheidnng besteht in Preußen nicht.

Den Erlaß einer derartigen Verfügung mit Geltung für die preußischen Gerichte hat die Handelskammer zu Bielefeld in der Petition vom 16. September 1886 — vgl. Bericht dieser Handelskammer a. a. O. — angeregt. In derselben ist ausgeführt, die Vorschrift des § 784 eröffne in der Verkehrspraxis der Schwindelei und dem Betruge Thür und Thor, denn der von ferneren Offenbarungseiden befreite Schuldner sei in der Lage, Kreditgeschäfte allenthalben zu kontrahiren, da er vor dem Bekanntwerden des geleisteten Offenbarungseides gesichert sei; der spätere Gläubiger erfahre von diesem Eide in den meisten Fällen erst, wenn er bereits geschädigt sei. Dieser der Abhilfe dringend bedürfende Uebelstand könne nur durch die Schaffung einer angemessenen Publizität für den Offenbarungseid herbeigeführt werden: vor der Oeffentlichkeit scheue sich ein großer Theil der Schuldner, welche jetzt gewissermaßen im Verborgenen Mißbrauch trieben und zahlreiche Interessenten schädigten. Für den Geschäftsverkehr wäre es vom größten Vortheile, wenn die Fälle der Offenbarungseide in zweckentsprechender Weise öffentlich bekannt gemacht würden, denn durch die Kenntniß von dem abgelegten Eide sei Jedermann in den Stand gesetzt, sich vor Schädigungen durch die betreffenden böswilligen Schuldner zu bewahren. Es empfehle sich deshalb die Nachahmung der — oben im Wortlaute angeführten — sächsischen Verordnung, ferner würde es zweckmäßig sein, bei jedem Amtsgerichte im Gange oder Treppenhause an einer leicht sichtbaren Stelle eine Tafel der den Offenbarungseid leistenden Personen anzubringen.[18])

Auf diese Petition ist seitens des preußischen Justizministerii unterm 29. September 1886 folgender Bescheid ergangen:

> Die in dem gefälligen Schreiben der Handelskammer vom 16. d. M. beantragte öffentliche Bekanntmachung der Namen der im Wege der Zwangsvollstreckung zur Leistung des Offenbarungseides angehaltenen Schuldner hat bereits wiederholt den Gegenstand

---

[18]) Ein von der Reichstagskommission abgelehnter Vorschlag der Abgeordneten Träger und Wölfel ging dahin, dem § 726 des Entwurfs (§ 780 des Gesetzes) als Absatz 2 hinzuzufügen: Das Vollstreckungsgericht hat die erfolgte Abnahme des Offenbarungseides sofort öffentlich bekannt zu machen. Die öffentliche Bekanntmachung erfolgt durch eine oder mehrere Anzeigen in öffentlichen Blättern nach dem Ermessen des Gerichts, sowie durch öffentlichen Anschlag an der Gerichtsstelle und anderen geeigneten Orten, insbesondere an der Börse, wenn solche im Gerichtsbezirke vorhanden und der Schuldner Kaufmann ist (Materialien Bd. 1 S. 865. Vgl. Schönfeld S. 35).

eingehender Erwägungen gebildet. Nach dem Ergebniß dieser Erwägungen stehen der befürworteten Maßregel so erhebliche Bedenken entgegen, daß ich auch jetzt Anstand nehmen muß, der gegebenen Anregung weitere Folge zu geben. Zu dieser Entschließung bin ich um so mehr veranlaßt, als die empfohlene Bekanntmachung für den größeren kaufmännischen Verkehr fast jeder Bedeutung entbehren würde, im kleineren örtlichen Verkehre dagegen der beabsichtigte Erfolg im wesentlichen durch Mittheilungen seitens der einzelnen Mitglieder der Handelskammer sich erreichen läßt.

Der Justizminister. In dessen Vertretung:
Nebe-Pflugstädt.

Die Handelskammer zu Bielefeld hat darauf eine Eingabe an den Reichskanzler gerichtet. In derselben ist ausgeführt: sie habe sich an sämmtliche deutsche Handelskammern mit der Frage gewendet, ob eine Reform des Verfahrens bei Leistung des Offenbarungseides in der durch die Bielefelder Petition bezeichneten Art für angezeigt gehalten werde; die Handelskammern, von denen die Frage beantwortet worden sei, hätten sich mit ganz vereinzelten Ausnahmen für die Verallgemeinerung der im Königreiche Sachsen geübten Praxis ausgesprochen, einige mit der Maßgabe, daß das Verzeichniß nicht nur bei den Amtsgerichten, sondern auch bei den Handelskammern ausgelegt werden möge. Der Vorschlag, die Namen der Schuldner durch Anschlag im Gerichtsgebäude bekannt zu machen, habe dagegen bei den übrigen Handelskammern nur eine geringe Unterstützung und mehrfachen Widerspruch gefunden, weshalb der Vorschlag fallen gelassen werde. Am Schlusse heißt es:

Die allgemeine Einführnng eines den Interessenten zugänglichen Verzeichnisses wird um so weniger einem Bedenken unterliegen können, als die Einrichtung im Königreiche Sachsen und bei manchen Gerichten anderer Landestheile schon besteht und in einzelnen Gerichtsbezirken z. B. Lübeck[19]) sogar ein über unsere Anregung weit hinausgreifendes Maß der Oeffentlichkeit des Offenbarungseides gegeben ist, ohne daß sich dabei nachtheilige Erfahrungen herausgestellt haben. Es wird von mehreren Seiten darauf hingewiesen, daß es von besonderer Wichtigkeit sei, die Eidesabnahme immer baldthunlichst nach Stellung des Antrages erfolgen zu

[19]) Die Handelskammer zu Lübeck hat die Auskunft ertheilt: „in Lübeck werden die Namen derjenigen, welche den Offenbarungseid geleistet haben, im Amtsblatte veröffentlicht" — und die Nachahmung dieser Praxis empfohlen.

lassen, damit die Möglichkeit, Vermögensobjekte inzwischen noch bei Seite zu schaffen, vermindert werde, ein Gesichtspunkt, der gewiß als sehr beachtenswerth anzusehen ist. An Ew. Durchlaucht richten wir das ganz ergebene Gesuch, hochgeneigtest auf Grund des Art. 4 Abs. 13 der Reichsverfassung diejenigen Schritte einleiten zu wollen, welche geeignet erscheinen, eine unseren obigen Darlegungen entsprechende einheitliche Reform des für die Ableistung von Offenbarungseiden üblichen Verfahrens, insbesondere die Einrichtung eines den Interessenten zugänglichen Verzeichnisses der diesen Eid leistenden Personen bei sämmtlichen deutschen Amtsgerichten herbeizuführen.

Der Bescheid des Reichs-Justizamts lautet:

Berlin, 9. Mai 1888. Auf die Eingabe ꝛc. erwidere ich der Handelskammer ergebenst, daß die vorgeschlagene Einrichtung eines den Interessenten zugänglichen Verzeichnisses der Schuldner, welche den Offenbarungseid geleistet haben, nach dem maßgebenden Standpunkte der Civilprozeßordnung in den Bereich der Justizverwaltung fällt, die Entscheidung sonach den einzelnen Bundesregierungen überlassen ist. Die in der Eingabe enthaltenen Darlegungen werden indessen bei einer späteren Revision der Civilprozeßordnung jedenfalls in nähere Erwägung gezogen werden.

Der Staatssekretär. von Schelling.

Der Wunsch der Handelskammer zu Bielefeld ist, soweit er sich auf die öffentliche Bekanntmachung der Namen der Manifestanten bezog, fallen gelassen und deshalb hier nicht zu erörtern. Im übrigen erscheint das Verlangen nach Einrichtung von Verzeichnissen in Gemäßheit der sächsischen Verordnung gerechtfertigt, weil durch solche Verzeichnisse immerhin ein gewisser Schutz des vorsichtigen Gläubigers gegen Beschädigungen seitens böswilliger Schuldner geschaffen wird. Freilich dürfte, um der „Schwindelei und dem Betruge" den Weg irgendwie wesentlich zu erschweren, der Kreis der zur Einsicht in das Verzeichniß berechtigten Interessenten nicht zu eng gezogen werden. Zur Glaubhaftmachung des Interesses müßte genügen, daß Jemand verkaufen, Darlehne gewähren wolle, und nicht erfordert werden, daß dies geschehen sei, und daß ein vollstreckbarer Titel vorliege. Denn der vorsichtige Kaufmann erkundigt sich zur Abwendung von Verlusten nicht nach Abschluß des Geschäfts, sondern vor Eröffnung des Kredits über die Sicherheit seines Abnehmers. Die Einsichtnahme der Verzeichnisses müßte also nicht bloß dem Gläubiger im

Sinne des achten Buches der C.P.O., sondern auch demjenigen offen stehen, der es erst werden soll.

IV.

1. Dem Verlangen des Gläubigers nach Ableistung des Offenbarungseides steht der Schuldner nicht machtlos gegenüber. Er kann vielmehr Einwendungen erheben, und zwar solche gegen die Zwangsvollstreckung im allgemeinen, und solche gegen die vom Gläubiger betriebene Art der Zwangsvollstreckung, den Offenbarungseid, im besonderen. Von letzteren ist im 4. Abschnitte des über die Zwangsvollstreckung handelnden 8. Buches der C.P.O., welcher die Ueberschrift trägt: Offenbarungseid und Haft die Rede. Die wenigen Bestimmungen dieses Abschnittes werden ergänzt durch den die allgemeinen Bestimmungen enthaltenden ersten Abschnitt desselben Buches, welche auf alle Arten des Zwangsvollstreckung zur Anwendung zu bringen sind. (Vgl. R.G. Jur. Woch. 1888 S. 306 Nr. 6, S. 424 Nr. 6.) Zu diesen allgemeinen Bestimmungen gehören auch die §§ 668, 685—688, 696, 703—705, auf welche der Schuldner behufs Abwendung der Eidesleistung Einwendungen betr. die Ertheilung der Vollstreckungsklausel, den festgestellten Anspruch selbst u. s. w. stützen kann. Geschieht dies, dann ist in entsprechender Anwendung des § 139 das Verfahren von dem Vollstreckungsgerichte des § 780 auszusetzen, bis über die Einwendungen das zuständige Gericht entschieden hat. (§ 688 Abs. 2.)

Denn diese allgemeinen Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung sind in bewußter Abweichung von den Prinzipien des französischen Prozesses, der alle Einwendungen in der Exekutionsinstanz an das Vollstreckungsgericht, und zwar der Regel nach unter Ausschließung der friedensrichterlichen Kompetenz, weist, der Entscheidung durch das Vollstreckungsgericht entzogen, weil bei dem ausgedehnten Geltungsbereiche der C.P.O. die Gerichte eines deutschen Staates in die Lage kommen würden, über die Rechtmäßigkeit und Aufrechterhaltung der von den Gerichten eines anderen deutschen Staates abgegebenen Entscheidungen zu erkennen. (Materialien Bd. 1 S. 436/37.) Der Schuldner hat es also in diesem vorgerückten Stadium der Zwangsvollstreckung, wenn er eine der mehrgedachten allgemeinen Einwendungen erhebt, in der Hand, den Gläubiger zu einem monatelangen förmlichen Prozesse mit mündlicher Verhandlung, Endurtheil und Berufung zu nöthigen, dazu zu einem

Rechtsstreite, der vor einem anderen, als dem vom Gläubiger angerufenen Vollstreckungsgerichte verhandelt wird, ein — nach Kre ch's in anderem Zusammenhange geäußerter Ansicht (S. 251) — für die Bedürfnisse des praktischen Lebens geradezu unerträgliches Ergebniß, welches den Werth des Exekutionsmittels fast ganz aufhebt. (Vgl. den im Nachtrage mitgetheilten Fall.)

2. Die Einwendungen des Schuldners gegen die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides zerfallen in zwei Gruppen: entwender bestreitet der Schuldner die Pflicht zur Leistung des Eides — oder er verweigert die Leistung des Eides.

Bestreitet der Schuldner die Verpflichtung zur Leistung des Eides, so ist von dem Gerichte durch Urtheil über den Widerspruch zu entscheiden. Die Eidesleistung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils. So bestimmt § 781 Abs. 2. Unter welchen Voraussetzungen der Schuldner zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet ist, verordnen die §§ 711, 769 und ist oben zu I dargelegt worden. Der Schuldner bestreitet seine Verpflichtung, wenn er behauptet, daß eine der Voraussetzungen für die Erhebung des Eides nicht vorliege, z. B. daß der Gläubiger nicht genügend glaubhaft gemacht habe, daß er durch Pfändung seine Befriedigung nicht vollständig erlangen könne, oder daß der Gläubiger sein Recht aus dem Schuldtitel an einen Dritten, an welchen auch der Erlös aus der Versteigerung der Pfandstücke abzuführen, abgetreten habe, ohne daß für den Rechtsnachfolger eine neue Vollstreckungsklausel ertheilt sei.[20]) Das Bestreiten des Schuldners kann des weiteren, wenn der Eid des § 711 in Frage steht, auf § 784 gestützt werden, also auf die Thatsache, daß der Schuldner den Offenbarungseid bereits geleistet habe. Dem Schuldner, der den Eid des § 769 zum zweiten oder ferneren Male leisten soll, steht ein solcher Einwand nicht zu. Denn die Kenntniß von dem Verbleibe einer bestimmten Sache oder einer Quantität bestimmter Sachen kann, wie Francke zutreffend S. 33 ausführt, dem Schuldner, der sie gestern nicht besaß, heut werden. Ueberdies ist im § 784 lediglich der Eid des § 711 erwähnt. Erhebt der Schuldner, der den Eid des § 769 wiederholen soll, gleichwohl den Einwand aus § 784, so ist derselbe nicht als Bestreiten der Verpflichtung, sondern als grundlose Verweigerung des Eides zu behandeln und demgemäß durch Beschluß zu erledigen.[21])

[20]) Wegen anderer Beispiele vgl. Francke S. 89.

[21]) Ist dem Gerichte bekannt, daß der Schuldner den Offenbarungseid nach

Ob materiell ebenso zu entscheiden ist, wenn der zur Eidesleistung nach § 711 geladene Schuldner behauptet und nachweist, daß er als Gemeinschuldner den Eid nach § 115 K.O. geleistet habe, erscheint nicht zweifellos. Struckmann-Koch (§ 784 Anm. 1) bejahen die Frage, weil der Eid des § 115 K.O. gleichfalls das ganze Vermögen umfasse, und auch Wilmowski-Levy vertreten anscheinend diese Ansicht, da sie in der Vorbemerkung vor § 780 unter Hinweis auf § 65 K.O. ausführen: analoge Anwendung werden sie — die civilprozessualischen Vorschriften über den Offenbarungseid — finden müssen im Falle des § 115 K.O. Ebenso haben das Amtsgericht Görlitz und das Landgericht daselbst in Sachen Pingel wider Atte — Aktenzeichen M. 18/89 und T. 17/89 — übereinstimmend die Meinung aufgestellt, der § 784 erwähne zwar nur den Offenbarungseid des § 711, müsse aber entsprechende Anwendung auf den Offenbarungseid des § 115 K.O. finden, weil die Eide des § 711 und des § 115 materiell gleich seien, indem der Schuldner in beiden Fällen sein gesammtes Vermögen zu offenbaren habe.

Es kann weder diesen gerichtlichen Entscheidungen, noch den Ansichten der genannten Schriftsteller beigetreten werden. Denn der Eid des § 115 K.O. wird vom Gemeinschuldner nach der Anfertigung

---

§ 711 bereits geleistet hat, und macht der Gläubiger nicht glaubhaft, daß der Schuldner seit der Eidesleistung Vermögen erworben hat, so wird die Anberaumung des Termins zur Leistung des Offenbarungseides abgelehnt. Ebenso Landgericht Dresden a. a. O. S. 158. Francke (S. 65) will die Abweisung nur für den Fall zulassen, daß der Antragsteller angeben sollte, sowohl daß der Gegner bereits den Eid des § 711 geleistet, als auch, daß er später Vermögen nicht erworben habe.

Förster (§ 784 Anm. 1) hält übrigens für selbstverständlich, daß in das neue Vermögen des Schuldners wiederum die Pfändung fruchtlos versucht sein müsse; er meint mit dem neuen Vermögen des Schuldners jedenfalls das neue, aus beweglichen körperlichen Sachen bestehende Vermögen desselben, weil in das unbewegliche oder aus Forderungen bestehende Vermögen des Schuldners der Gläubiger nicht einmal bei der Ladung nach § 781 Abs. 1 den Pfändungsversuch nachzuweisen hat. (S. o. S. 569.) Aber auch mit dieser Einschränkung erscheint Försters Ansicht unrichtig. Denn nach dem klaren Wortlaute des § 784 wird von dem Gläubiger, welcher den Schuldner zu einer nochmaligen Leistung des Eides des § 711 ladet, nichts weiter als die Glaubhaftmachung verlangt, der Schuldner habe später, nämlich seit der ersten Eidesleistung Vermögen erworben. Von einer in dieses neue Vermögen versuchten Zwangsvollstreckung ist nirgends die Rede; es hieße auch dem Gläubiger zu viel zumuthen, wollte man ihm trotz der geringen Aussicht auf Befriedigung die Kosten für eine nochmalige Pfändung aufbürden.

des Inventars geleistet, welches der Verwalter durch Aufzeichnung der einzelnen, zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände unter Angabe des Werthes der letzteren herstellt. Die Konkursmasse umfaßt das gesammte, der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches demselben zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (§§ 1, 113, 115 K.O.). Der Gemeinschuldner hat also eidlich nur zu bekräftigen: seinen Vermögensstand zur Zeit der Konkurseröffnung und das Vermögen, soweit es zur Konkursmasse gehört. Zur Konkursmasse gehören aber nicht die Vermögensstücke des Gemeinschuldners, welche der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen, also z. B. nicht die Sachen, welche im § 715 Nr. 1—4, 6, 7, 9, 10 — die Nr. 5 und 8 scheiden hier gemäß § 1 Abs. 3 K.O. aus — und nicht die Forderungen, welche im § 749 Nr. 1—8 aufgeführt sind. Nach § 711 hat jedoch der Schuldner zu beschwören, daß er sein Vermögen vollständig angegeben habe, und zur vollständigen Angabe des Vermögens gehört auch — s. o. S. 581 — die Angabe der der Pfändung nicht unterliegenden Sachen und Forderungen. Die gegentheilige Ansicht würde dahin führen, dem Schuldner allein die Bestimmung darüber zu überlassen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen, welche die Anwendung der §§ 715 und 749 rechtfertigen, vorliegen. Dies hat offenbar der Gesetzgeber vermeiden wollen, indem er dem Schuldner die vollständige Angabe seines Vermögens zur Pflicht machte. (Vgl. Entsch. d. R.G. in Strafsachen Bd. 6 S. 210, Gaupp § 711 Anm. 3.)

Der Eid des § 115 K.O. ist hiernach in doppelter Hinsicht von dem des § 711 unterschieden. Zunächst nämlich beschwört der Gemeinschuldner seinen Vermögensstand zur Zeit der Konkurseröffnung, der civilprozessualische Schuldner den zur Zeit der Eidesleistung, und sodann bezieht sich der Eid des Gemeinschuldners lediglich auf sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen, der des civilprozessualischen Schuldners auf sein gesammtes Vermögen.[22] Hieraus folgt, daß der Schuldner, welcher den Offenbarungseid nach § 115 K.O. im Konkursverfahren geleistet hat, auf Antrag eines Gläubigers nach Beendigung dieses Verfahrens zur Eidesleistung gemäß § 711 verpflichtet ist, auch ohne daß der Gläubiger glaubhaft macht, daß der Schuldner seit der Konkurseröffnung Vermögen erworben habe.

[22]) In § 11 K.O. wird ausdrücklich das zur Konkursmasse gehörige und das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners unterschieden.

3. Ueber den Widerspruch des Schuldners entscheidet das Gericht durch Urtheil. Das zur Entscheidung berufene Gericht ist das Vollstreckungsgericht des § 780, vor welches der Schuldner zur Leistung des Offenbarungseides geladen ist. Daß es dieses und kein anderes Gericht ist, ergiebt sich aus der Aufeinanderfolge der Bestimmungen der §§ 780 und 781 und aus der Erwägung, daß bei der gegentheiligen Annahme die Betonung, die Entscheidung ergehe von dem Gerichte — im Norddeutschen Entwurfe § 1035 stand: von diesem Gerichte — nicht erklärlich wäre. Abgesehen von von Sarwey, den Drache (S. 325) ausführlich widerlegt, ist denn auch hierüber kein Zweifel angeregt.

Desto mehr Streit besteht über die Bedeutung der Worte durch Urtheil. Sie sind von der sogenannten Vorkommission eingeschaltet und sollen nur sagen, daß die Entscheidung die Form eines Urtheils haben, insbesondere Entscheidungsgründe enthalten müsse; ein auf Grund formeller mündlicher Verhandlung ergehendes Endurtheil sei aber nicht gemeint und ein Antrag, statt Urtheil Endurtheil zu setzen, von der Vorkommission abgelehnt. So begründen Wilmowski-Levy[23]) ihre Ansicht, daß als Rechtsmittel gegen das Urtheil nicht die Berufung, sondern nur die sofortige Beschwerde stattfinde. Zu demselben Ergebniß kommt Krech (S. 249—258), welcher ausführt, es fehle an einem sachlichen Grunde zu einer Abweichung von der Regel des § 684 Abs. 3, die Bedürfnisse des praktischen Lebens litten darunter, die Entscheidung über die Manifestationspflicht durch förmlichen Prozeß entspreche weder der gemeinrechtlichen Praxis, noch der Vorschrift der preuß. allg. Gerichtsordnung, das Urtheil des § 781 Abs. 2 sei kein Endurtheil nach § 272 und erfordere keine mündliche Verhandlung.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Die Regel des § 684 Abs. 3, daß die Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, beherrscht zwar als „allgemeine Bestimmung" im Sinne des ersten Abschnittes des achten Buches das ganze Zwangsvollstreckungsverfahren, aber nur insoweit, als nicht Ausnahmevorschriften gegeben sind. Und eine solche Ausnahme liegt hier vor. Denn der Widerspruch des Schuldners gegen die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungs-

---

[23]) § 781 Anm. 3. Vgl. die Literaturangabe daselbst über die einander widerstreitenden Ansichten.



eides ist wie die Verweigerung der Eidesleistung — s. o. S. 587 — eine Einwendung gegen die vom Gläubiger betriebene Art der Zwangsvollstreckung. Die Weigerung der Eidesleistung kann nach § 782 nur im Termine erklärt werden. Es ist kein Grund erfindlich, das Bestreiten der Verpflichtung zur Eidesleistung anders zu behandeln. Es muß also auch das Bestreiten, der Widerspruch, mündlich vom Schuldner im Termine zur Leistung des Offenbarungseides vorgebracht werden. Nun könnte zwar die Entscheidung über diesen Widerspruch trotz der mündlichen Geltendmachung nach §§ 684 Abs. 3, 701 durch Beschluß ergehen, es ist aber ausdrücklich bestimmt, daß ein Urtheil erlassen wird, und daß erst nach dessen Rechtskraft die Eidesleistung erfolgt. Dieses Urtheil ist kein Zwischenurtheil; es entscheidet vielmehr endgültig in der Instanz, ob der Widerspruch des Schuldners gerechtfertigt ist oder nicht, und deshalb ist es ein Endurtheil, welches auf Grund mündlicher öffentlicher Verhandlung ergeht und der Berufung unterliegt.

Die hier vertretene Meinung kann als die herrschende bezeichnet werden, denn es hat sich nicht bloß das Reichsgericht (Entsch. in Civilsachen Bd. 10 S. 412) zu ihr bekannt, sondern auch die Mehrzahl der Schriftsteller.

4. Im Einzelnen sind noch manche Punkte streitig. Francke und Just lehren übereinstimmend, durch den Widerspruch des Schuldners werde ein besonderes Verfahren, ein Zwischenverfahren, in dem durch die Ladung nach § 781 begonnenen Verfahren eingeleitet, nämlich ein Verfahren zur Entscheidung über den Widerspruch.[24]) So sagt Just (S. 356) ausdrücklich: „bleibt der Schuldner aus, so kann nicht ohne Weiteres nach § 782 auf Antrag des Gläubigers Haftbefehl erlassen werden, weil der Schuldner nicht in dem zur Eidesleistung, sondern in dem zufolge seines Widerspruchs zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termine ausgeblieben ist, und nach § 781 die Eidesabnahme, folglich auch der Zwang dazu erst nach eingetretener Rechtskraft des den Widerspruch erledigenden Urtheils erfolgen darf. Es ergeht daher auch gegen den Schuldner nur ein auf Verwerfung oder Zurückweisung des Widerspruchs lautendes Versäumnißurtheil.“ Wäre diese Ansicht richtig, so könnte der Schuldner die Leistung des vom Gläubiger geforderten Eides bis ins Ungemessene verzögern: er

[24]) Der § 32 Geb.Ordn. f. R.A. bestimmt: Das Verfahren zur Abnahme des Offenbarungseides (§§ 781, 782) bildet eine besondere Instanz der Zwangsvollstreckung. Vgl. Zeitung der A. R. Naumburg 1887 S. 7.



erhebt zunächst in dem zur Leistung des Offenbarungseides bestimmten Termine Widerspruch und beantragt Anberaumung eines neuen Termins, erscheint in demselben nicht, läßt Versäumnißurtheil, lautend auf Verwerfung seines Widerspruchs, gegen sich ergehen, legt Einspruch ein, bringt die Verhandlung wiederum zur Vertagung und beginnt dann sein Spiel von neuem. Den Erfordernissen des praktischen Lebens entspricht ein derartiges Verfahren nicht; es erscheint aber auch im Gesetze nicht begründet. Denn wenn eine Vertagung des zur Leistung des Offenbarungseides bestimmten Termins nothwendig ist, und zwar zwecks Verhandlung über einen vom Schuldner erhobenen Widerspruch gegen seine Verpflichtung zur Leistung des Eides, so behält doch der Termin, auf welchen vertagt ist, und jeder fernere die Bestimmung bei, die der erste gehabt hat, weil eine, wenn auch noch so große Reihe von Terminen nur als ein Termin angesehen wird; es liegt dann eine fortgesetzte Verhandlung im Sinne des § 127 Abs. 2 vor. Nun ist zwar, wenn die obigen Darlegungen zu III richtig sind, der Termin des § 781 Abs. 1 nach dem Willen des Gläubigers nur zur Leistung des Offenbarungseides bestimmt, es kann aber bereits in diesem Termine zur Verhandlung über die Verpflichtung zur Leistung des Eides kommen, falls der Schuldner Widerspruch erhebt. Es ist also einerseits weder die Ladung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides und zur mündlichen Verhandlung erforderlich (so: Oberlandesgericht Naumburg a. a. O.), noch wird der Zweck des Termins ein anderer, als der im Gesetze vorgesehene, wenn der Termin behufs Verhandlung über den Widerspruch des Schuldners vertagt wird. Hiernach ergeht ein Versäumnißurtheil gegen den Schuldner niemals, vielmehr im Falle seines Ausbleibens auch in einem vertagten Termine auf Antrag stets die Anordnung der Haft.[25])

5. Im Gegensatze zu Francke (S. 94) und Krech (S. 261) hält ferner Schönfeld (S. 21) den Schuldner nicht für berechtigt, den Gläubiger, der im Termine zur Leistung des Offenbarungseides ausgeblieben ist, zur Verhandlung über den Widerspruch zu laden. Dies erscheint richtig. Denn wie der Schuldner das Verfahren zur Abnahme des Offenbarungseides nicht beginnen darf, sondern abzuwarten hat, bis er vom Gläubiger geladen wird, so ist auch die Fortsetzung des Verfahrens lediglich Sache des Gläubigers.[26]) Francke

[25]) Ebenso Fitting S. 372.

[26]) Vgl. § 777 des Entwurfs eines b. G., welcher, soweit er hier interessirt,

kommt zu seiner gegentheiligen Ansicht, indem er den Satz aufstellt, daß über das Bestreiten in der Weise zu verhandeln sei, als wenn es die Klage wäre. Er dreht also die Parteirollen um und macht den widersprechenden Schuldner zum Kläger, den Gläubiger zum Beklagten. Hiergegen spricht — Francke selbst sagt S. 92: das Bestreiten des § 781 Abs. 2 ist kein selbständiger Rechtsbehelf wie die Klage — entscheidend die Analogie der Bestimmungen über das Arrestverfahren, nach welchen die widersprechende Partei zwar den Gegner zur mündlichen Verhandlung zu laden hat, ohne daß sie dadurch aber die Rolle des Klägers übernähme. Denn die Tendenz des Schriftsatzes, der die Einlegung des Widerspruchs enthält, ist nicht Angriff, sondern Abwehr. Es wird nur die Abweisung des Arrestgesuchs und als Folge davon die Beseitigung des auf Grund desselben bereits Geschehenen, der Anordnung und der Vollziehung des Arrestes beantragt. Wendet man diese Ausführung des Reichsgerichts (Gruchot Bd. 28 S. 1174) auf den Offenbarungseid an, so ergiebt sich, daß es auch hier dem Schuldner lediglich darauf ankommt, das abzuwehren, was der Gläubiger von ihm verlangt, nämlich die Leistung des Eides, und wenn beim Arrestverfahren der Schriftsatz, der die Einlegung des Widerspruchs enthält, dadurch nicht Klageschrift wird, obwohl doch nicht bloß über diesen Widerspruch, sondern über die Rechtmäßigkeit des Arrestes nach § 805 Abs. 1 zu entscheiden ist, so kann umsoweniger hier davon die Rede sein, daß der widersprechende Schuldner Kläger wird, da das Urtheil lediglich über den Widerspruch sich verhält, den der Zwangsvollstreckung zu Grunde liegenden Anspruch des Gläubigers als solchen also unberührt läßt. Während ferner im § 804 Abs. 2 die widersprechende Partei ausdrücklich als diejenige bezeichnet ist, welche den Gegner zur mündlichen Verhandlung zu laden hat, fehlt eine derartige Bestimmung für den gegen die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides Widerspruch erhebenden Schuldner. Dem Schuldner steht deshalb ein solches Recht auf Ladung des Gläubigers nicht zu;[27] es bleibt vielmehr letzterem, wenn er in dem Termine, in

lautet: Auf die Abnahme des Eides — nämlich des Offenbarungseides — finden die Vorschriften der §§ 440—446, 780, 781 Abs. 1 und 783 C.P.O. mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß die Ladung zu dem für die Abnahme zu bestimmenden Termine auch von dem Verpflichteten erfolgen kann.

[27]) Zustimmend: Hellmann a. a. O. S. 857. Francke will bei der Ladung zur mündlichen Verhandlung über einen Widerspruch des § 781 Abs. 2 nicht die Ladungsfrist (s. o. S. 575), sondern die Einlassungsfrist des § 459 gewahrt wissen.

welchem der Schuldner Widerspruch erhoben hat, nicht erschienen ist, überlassen, den Gegner von neuem zu laden; thut er es nicht, so ist das Verfahren mit der Erhebung des Widerspruchs zunächst beendet. (Ebenso Meyer bei Busch, Bd. 9 S. 347.)

6. Im Zusammenhange hiermit steht die für die Praxis wichtige Frage, ob gegen den ausbleibenden Gläubiger ein Versäumnißurtheil ergehen kann. Die Mannigfaltigkeit der Ansichten ergiebt die Zusammenstellung bei Struckmann-Koch § 781 Anm. 4. Die verneinende Ansicht dürfte die richtige sein. Zwar wird die Begründung Schönfeld's (S. 22), das Verfahren sei ein vollstreckungsgerichtliches, und mit dessen Wesen seien die Folgen der Versäumniß unvereinbar, kaum ausreichen. Ausschlaggebend erscheint vielmehr, daß nach § 781 Abs. 2 durch Urtheil über den Widerspruch zu entscheiden ist. Der Gegenstand der Verhandlung und des Urtheils ist also lediglich der Widerspruch des Schuldners, und es fehlt einem Urtheile, welches gegen den Gläubiger ergehen soll, am Gegenstande. Das Gesetz sagt hier nicht, wie in der Bestimmung über das Arrestverfahren: wird Widerspruch erhoben, so ist über die Rechtmäßigkeit des Anspruchs des Gläubigers auf Leistung des Offenbarungseides durch Endurtheil zu entscheiden, sondern es beschränkt sich auf die Vorschrift: es ist über den Widerspruch zu entscheiden. Francke hat dieses durch den Wortlaut des Gesetzes gegebene Hinderniß in seinen Untersuchungen berücksichtigt und dadurch zu umgehen versucht, daß er den Widerspruch als Klage hinstellt und § 296 dahin gelten lassen will: Beantragt der Schuldner gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung ausgebliebenen Gläubiger das Versäumnißurtheil, so ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Schuldners als zugestanden anzunehmen; soweit dasselbe den Widerspruch rechtfertigt, ist letzterem stattzugeben, soweit das nicht der Fall, ist der Widerspruch abzuweisen. Dieser Ausweg erscheint unzulässig, weil nach der obigen Ausführung die Umkehrung der Parteirollen nicht stattfindet.

V.

1. Die zweite Gruppe der Einwendungen des Schuldners wird gebildet durch die Verweigerung der Eidesleistung. Hierüber bestimmt § 782 mit den Worten: gegen den Schuldner, welcher in dem zur Leistung des Offenbarungseides bestimmten Termine die Leistung des Eides ohne Grund verweigert, hat das Gericht zur Erzwingung der Eidesleistung auf Antrag die Haft anzuordnen.

Aus dieser Wortfassung des Gesetzes erhellt klar, daß die Weigerung von dem Schuldner nur in dem Termine zur Leistung des Offenbarungseides erklärt werden kann (S. o. S. 577). Was als Weigerung aufzufassen ist, dafür bietet die Entstehungsgeschichte des Gesetzes insofern einen Anhalt, als statt der Worte der früheren Entwürfe: Weigern ohne Angabe eines Grundes absichtlich die jetzige Fassung: Verweigern ohne Grund gewählt worden ist, um auszudrücken, daß es nicht sowohl um das Formale der Beifügung eines Grundes, als auf die materielle Rechtmäßigkeit des vorgeschützten Grundes ankomme (Krech S. 267 Anm. 127). Die Grenze zwischen dem grundlosen Verweigern der Eidesleistung und dem Bestreiten der Verpflichtung zur Eidesleistung kann danach im einzelnen Falle schwierig zu finden sein. In der Regel beschränkt sich die Verweigerung der Eidesleistung aber auf den Fall, daß der Schuldner den Eid überhaupt nicht oder — im Falle des § 769 — nicht in der nach Lage der Sache geänderten Norm leisten will, oder daß er die Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses oder eines vollständigen Vermögensverzeichnisses ablehnt (Francke S. 99).

Eine mündliche Verhandlung im Sinne der §§ 119ff. findet obligatorisch nicht statt. Denn im Gegensatze zu § 781 Abs. 2 ist im § 782 eine Abweichung von der Regel des § 684 Abs. 3 nicht vorgeschrieben. Ueber die Verweigerung der Eidesleistung wird durch Beschluß entschieden: ist die Weigerung begründet, so wird der Antrag des Gläubigers auf Abnahme des Eides abgelehnt, ist sie nicht begründet, so wird die Haft angeordnet;[28]) in beiden Fällen unterliegt der Beschluß der sofortigen Beschwerde.

Die Anordnung der Haft ergeht sowohl bei der Verweigerung der Eidesleistung als auch in dem gleichstehenden Falle des Nichterscheinens des Schuldners nur auf Antrag des Gläubigers; sie ist eine gerichtliche Handlung der Zwangsvollstreckung gleich der Anberaumung des Termins zur Eidesleistung und der Abnahme des Offenbarungseides. Wie bei diesen Handlungen hat der Gläubiger auch vor der Anordnung der Haft dem Gerichte die Prüfung des Vorhandenseins der Voraussetzungen für die Abnahme des Eides durch Vorlegung des Schuldtitels und Pfändungsprotokolls zu ermöglichen; er hat ferner den Antrag auf Anordnung der Haft

---

[28]) Die Haft trifft den Schuldner bezw. seinen oder seine gesetzlichen Vertreter, die eidespflichtig sind. (S. o. S. 571.)

zu stellen und — im Falle des Nichterscheinens des Schuldners — die ordnungsmäßige Ladung desselben durch Vorlegung der Zustellungsurkunde nachzuweisen. Daß die Zustellung der Ladung an den Prozeßbevollmächtigten des Schuldners erfolgen muß, falls letzterer durch einen solchen vertreten ist, hat bereits oben — S. 573 — Erwähnung gefunden.

2. Streit besteht, ob der Gläubiger in dem Termine erscheinen bzw. durch einen Bevollmächtigten vertreten sein muß, um den Antrag auf Anordnung der Haft zu stellen bzw. stellen zu lassen, oder ob der Antrag auch vor oder nach dem Termine gestellt werden kann. Der Wortlaut des Gesetzes bietet einen sicheren Anhalt nicht, und die Ansicht von Francke S. 75: „der Antrag sei mit dem Nichterscheinen oder Verweigern des Schuldners als gleichzeitig, also als terminlicher gesetzt", die dieser Schriftsteller im Anschlusse an Gaupp und Struckmann-Koch und in Uebereinstimmung mit Meyer (bei Busch Bd. 9 S. 346) Fischer, (bei Gruchot Bd. 25 S. 802) und Hellmann (S. 855) vertheidigt, findet im Gesetze keine genügende Unterstützung, weil dasselbe nicht bestimmt, wann der Antrag auf Anordnung zu stellen ist. Den genannten Schriftstellern kann nur insoweit beigetreten werden, als sie diesen Antrag nach dem Termine ausschließen. Hierfür spricht nicht bloß die Bestimmung[29]) des § 43 des Gerichtskostengesetzes: „sofern nicht über einen spätestens im Termine gestellten Antrag auf Erzwingung der Eidesleistung zu entscheiden ist", sondern auch die Erwägung, daß, wenn der Antrag auf Anordnung der Haft überhaupt nach dem Termine zugelassen wird, eine Zeitbegrenzung unthunlich ist, daß also der Gläubiger noch jahrelang nach dem Termine die Haft gegen den Schuldner vollziehen lassen könnte. Es kommt hinzu, daß der Beschluß über Anordnung der Haft nach den allgemeinen Grundsätzen über die Zwangsvollstreckung vom Gerichte im unmittelbaren Anschlusse an den Termin zu erlassen und nicht auf unbestimmte Zeit hinauszuschieben ist; freilich kann der Beschluß nur auf Antrag

[29]) Schönfeld (S. 29 Anm. 44) findet gerade den Fall im § 43 a. a. O. geregelt, daß es sich um einen nach dem Termine gestellten Antrag handelt. Vgl. Siméon — Kostengesetze — welcher zu § 43 aus den Motiven anmerkt: erscheint der Schuldner in dem Termine nicht oder verweigert er die Leistung des Eides, so bedarf es der Erhebung einer Gebühr für die Abhaltung des Termins nur dann, wenn nicht eine Entscheidung spätestens im Termine auf Grund des § 781 Abs. 2 oder § 782 zu ergehen hat, denn die Entscheidung zieht die Gebühr nach § 35 Nr. 2 des Gerichtskostengesetzes nach sich.

des Gläubigers ergehen; weil aber die Entschließung des Gerichts in ununterbrochener Zeitfolge auf den Termin oder in einem sofort anzuberaumenden Termine, der nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden soll, erfolgen muß, — dies ergiebt die entsprechende Anwendung des § 281 — so muß auch der Antrag des Gläubigers entweder in oder vor dem Termine, jedenfalls nicht nach demselben gestellt werden. Das Oberlandesgericht Jena meint freilich a. a. O., der Antrag könne auch später schriftlich gestellt werden, und führt zur Begründung an, „der Gläubiger mag sich die Prosperität weiterer Maßregeln ja überlegen wollen"; allein dieser Grund ist nicht stichhaltig, weil der Gläubiger bereits seit der Ladung zum Termine Zeit und Gelegenheit hat, zu überlegen, ob er im Falle des § 782 von seinem Rechte, zur Erzwingung der Eidesleistung die Haft gegen den Schuldner zu beantragen, Gebrauch machen soll oder nicht. Auch die an sich richtige Ausführung des Landgerichts Magdeburg a. a. O., der Termin zur Eidesleistung erscheine nur als Voraussetzung der Haftanordnung, rechtfertigt nicht den Schluß, daß der Antrag auf Haftanordnung auch nach dem Termine gestellt werden könne. Man wird endlich nicht einwenden dürfen, daß der Schuldner, auch wenn der Antrag auf Haftanordnung nur vor oder in dem Termine zur Eidesleistung zugelassen wird, der Gefahr einer, ferne Zeit nach dem Termine erfolgenden Verhaftung deshalb nicht überhoben sei, weil der Gläubiger den Haftbefehl im Termine erwirken, aber erst nach Jahren vollstrecken lassen könne; denn es ist etwas anderes, ob ein derartiges chikanöses Verhalten vom Gläubiger ausgeht, oder ob es Bekräftigung seitens des Gerichts dadurch erhält, daß dasselbe den Befehl erst jahrelang nach dem Termine erläßt.

Dagegen, den Antrag auf Anordnung der Haft schon vor dem Termine zuzulassen, spricht kein Bedenken. Die Gefahr, daß dem Gläubiger ein Haftbefehl in die Hand gegeben werde, nachdem der Schuldner lediglich in Folge einer Vereinbarung nicht im Termine erschienen sei, wird man als besonders naheliegend — so Francke S. 75 — nicht erachten können. Läßt man nur den im Termine gestellten Antrag zu, so verliert die von einer großen Zahl von Schriftstellern getheilte, oben — S. 579 — vertretene Ansicht, daß auch beim Nichterscheinen des Gläubigers dem zur Eidesleistung bereiten Schuldner beim Vorhandensein der Voraussetzungen der Eid abzunehmen sei, zu einem guten Theile jede praktische Wirkung.

Denn dann wird der vorsichtige Gläubiger stets den Termin zur Leistung des Offenbarungseides selbst oder durch einen Bevollmächtigten wahrnehmen müssen, wenn er nicht in die Lage kommen will, bei dem Ausbleiben des Schuldners oder dessen grundloser Eidesweigerung von neuem zu laden. Wird dagegen dem Gläubiger mit Rücksicht darauf, daß eine mündliche Verhandlung im Falle des § 782 nicht vorgeschrieben ist, nachgelassen, daß er unter Niederlegung des Schuldtitels, des Pfändungsprotokolls, der Ladungsschrift und der dieselbe betreffenden Zustellungsurkunde den Antrag schriftlich vor dem Termine etwa so stellt: „für den Fall, daß der Schuldner in dem Termine zur Leistung des Offenbarungseides nicht erscheint oder die Leistung des Eides ohne Grund verweigert, beantrage ich die Anordnung der Haft", so ist den Erfordernissen des Gesetzes und des praktischen Lebens genügt.

3. Bei Anordnung der Haft ist nach § 789 ein Haftbefehl zu erlassen, in welchem der Gläubiger, der Schuldner und der Grund der Verhaftung zu bezeichnen sind. Nicht ausgeschlossen erscheint, daß die Anordnung der Haft durch Erlassung des Haftbefehls erfolgt, wie dies in dem Reichsformulare Nr. 51 — Verhandlung bei Nicht-Abnahme des Offenbarungseides § 782 — vorgesehen ist; aber der Regel nach wird die Haft durch Beschluß, der im Termin zu verkünden und deshalb von Amtswegen nicht zuzustellen ist, angeordnet und daneben ein Haftbefehl abgesetzt, dessen Ausfertigung der Gläubiger erhält. (Vgl. Falkmann S. 336, Meyer Prozeßpraxis S. 329. A.M. Meves S. 454.) Das Reichsformular Nr. 52 für den „Haftbefehl im Zwangsvollstreckungsverfahren wegen Nichtableistung des Offenbarungseides" lautet: „In Zwangsvollstreckungssachen X. gegen Y. wird auf Antrag des Ersteren gegen den Letzteren, um die Leistung des Offenbarungseides wegen der Forderung von ... M. aus dem vollstreckbaren — — vom — — zu erzwingen, die Haft angeordnet. Auf Grund dieses Haftbefehls und eines Auftrags des Gläubigers ist der Schuldner durch einen Gerichtsvollzieher zu verhaften". Ob die Hinzufügung des zweiten Satzes sich empfiehlt, kann zweifelhaft sein. Denn der Gerichtsvollzieher hat die Vornahme der Verhaftung nicht bloß von dem Vorhandensein eines Haftbefehls und der Ertheilung eines Auftrages seitens des Gläubigers, sondern auch davon abhängig zu machen, daß ihm der Gläubiger die Kassenquittung über die Einzahlung des sog. Atzungsvorschusses oder den hierzu erforderlichen Betrag selbst zur Abführung

an die Kasse aushändigt. (Geschäftsanweisung für die preuß. Gerichtsvollzieher § 98 Abs. 7.) Die Voraussetzungen für die Vornahme der Verhaftung sind also in jenem Satze nicht vollständig angegeben. In dem Formulare fehlt des weiteren die Bezeichnung des Grundes der Verhaftung.[30]) Schönfeld (S. 46) versteht zwar unter der Bezeichnung des Grundes der Verhaftung nicht sowohl die Beschreibung des schuldnerischen Verhaltens, welches zur Anordnung der Haft geführt hat, als vielmehr die Angabe des Endzwecks, welcher durch den Zwang erreicht werden soll, und nach Förster (§ 789 Anm. 3) bedeutet Grund der Verhaftung die Bezeichnung des Schuldtitels, der durch denselben dem Schuldner auferlegten Judikatspflicht und die Angabe der Erzwingung der Leistung des der Norm nach aufzunehmenden Offenbarungseides durch den Schuldner. Schönfeld übersieht jedoch, daß die Verhaftung aus einem doppelten Grunde, aber immer nur zu demselben Zwecke erfolgt. Sie kann erfolgen, wenn der Schuldner in dem Termine nicht erscheint, oder wenn er in demselben die Eidesleistung ohne Grund verweigert, in beiden Fällen zu dem Zwecke, die Eidesleistung zu erzwingen. Grund der Verhaftung ist also nicht das, was Förster als solchen bezeichnet, sondern nach § 782 die Thatsache, daß der Schuldner die ihm aus dem Schuldtitel erwachsene Pflicht, den Offenbarungseid zu leisten, durch grundlose Verweigerung des Eides oder durch Ausbleiben im Termine nicht erfüllt hat. Wie im § 114 Abs. 2 Str.P.O. vorgeschrieben ist: in dem Haftbefehl ist der Angeschuldigte genau zu bezeichnen und die ihm zur Last gelegte strafbare Handlung, sowie der Grund der Verhaftung anzugeben, und wie das Reichsformular Nr. 62 für den Erlaß des strafprozessualischen Haftbefehls mit den Worten: die Untersuchungshaft wird verhängt, weil — — die Angabe des Grundes, nämlich des Verdachtes der Flucht oder der Kollusionsgefahr nach § 112 Str.P.O. vorgesehen hat, so ist auch in dem hier behandelten Haftbefehle der Grund der Verhaftung nicht mit dem Endzwecke zu verwechseln und deshalb im Formulare

[30]) Nach den Materialien (Bd. 1 S. 469) tritt bei der Ausführung der Haft die selbständige Thätigkeit des vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollziehers ein. Der vom Gerichte zu erlassende Haftbefehl bildet, wie die vollstreckbare Ausfertigung des Schuldtitels die formelle Grundlage der Vollstreckung und muß schon aus diesem Grunde, damit die vom Schuldner zu erzwingende Leistung ersichtlich bleibt, den Grund der Verhaftung enthalten und bei der Verhaftung selbst vorgezeigt werden.

Nr. 52 hinter den Worten „die Haft angeordnet" einzufügen: weil der Schuldner in dem heutigen Termine zur Leistung des Offenbarungseides — ordnungsmäßig bescheinigter Ladung ungeachtet nicht erschienen ist — die Leistung des Eides ohne Grund verweigert hat. Empfehlenswerth erscheint ferner der Vorschlag Förster's, in den Haftbefehl die Norm des vom Schuldner zu leistenden Eides aufzunehmen, aber nur sofern es sich um den Eid des § 769, dessen Norm nach Lage der Sache geändert werden kann, oder um den Eid nach § 115 K.O. oder endlich um den von einem gesetzlichen Vertreter des Schuldners zu leistenden Eid nach § 711 handelt; denn sonst steht die Norm des Eides nach § 711 fest und bedarf deshalb nicht der Wiedergabe. (S. o. S. 571.)

4. Der verhaftete Schuldner kann zu jeder Zeit bei dem Amtsgerichte des Haftorts beantragen, ihm den Eid abzunehmen; dem Antrage ist ohne Verzug stattzugeben. Der nicht verhaftete Schuldner kann einen solchen Antrag auf Eidesabnahme bei dem Gerichte seines jeweiligen Aufenthaltsortes nicht stellen, da nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 783 das Vollstreckungsgericht des § 780 nur im Falle der Verhaftung des Schuldners nicht ausschließlich für die Abnahme des Eides zuständig ist. Es steht aber nichts entgegen, daß dem nicht verhafteten Schuldner nach Erlassung des Haftbefehls, wenn er sich meldet und zur Eidesleistung bereit erklärt, von dem Vollstreckungsgerichte des § 780 der Eid abgenommen werde. (Ebenso: Schönfeld S. 28.) Denn würde man dies für unzulässig halten und den Schuldner bedeuten, daß der Haftbefehl gegen ihn ergangen sei und er die Verhaftung abwarten möge, so bekäme die Anordnung der Haft den Karakter der Strafe; und den soll sie nicht haben, sondern lediglich zur Erzwingung der gesetzlich geordneten Pflicht des Schuldners dienen, bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen die zur Durchführung der Rechte des Gläubigers erforderliche Mitwirkung zu leisten. (Krech S. 223.) Eine Ladung des Gläubigers findet nicht statt.[31]) Ein Recht, den Gläubiger zu laden, steht dem Schuldner, wenn die Ausführungen — S. 592 ff. — richtig sind, nicht zu. Der Zweck einer solchen Ladung ist aber für den vorliegenden Fall auch nicht erfindlich. Denn der Gläubiger hat seinen Willen, den Schuldner zur Leistung des Offenbarungs-

[31]) Ebenso Hellmann 857. A.M. Francke S. 85 im Anschlusse an Fischer bei Gruchot Bd. 25 S. 637.

eides zu zwingen, durch den Antrag auf Anordnung der Haft unzweideutig zu erkennen gegeben, das Gericht hat die Voraussetzungen für die Erhebung des Eides vor Anordnung der Haft geprüft und prüft jene nochmals, wenn der Gerichtsvollzieher, der den Schuldner verhaftet hat, Schuldtitel und Pfändungsprotokoll vorlegt, es bedarf also lediglich der Abnahme des Eides, und das Verhältniß ist ganz ebenso, wie wenn der im Termine zur Leistung des Offenbarungseides ohne den Gläubiger erschienene Schuldner sich zur Eidesleistung bereit erklärt.

VI.

1. Ueber die gerichtlichen Kosten des Verfahrens bestimmen §§ 35 Nr. 2 und 43 des G.K.G. unzweideutig, daß zwei Zehntheile der vollen Gebühr des § 8 daselbst erhoben werden a) für die Entscheidung, einschließlich des vorangegangenen Verfahrens, über Anträge, gerichtet auf Erlaß des Urtheils über den Widerspruch des Schuldners (§ 781 Abs. 2) und auf Anordnung der Haft gegen den im Termine zur Leistung des Offenbarungseides nicht erschienenen oder die Leistung des Eides ohne Grund verweigernden Schuldner (§ 782), b) für die Verhandlung in dem zur Abnahme des Offenbarungseides bestimmten Termine, falls der Gläubiger einen Antrag auf Erzwingung der Eidesleistung oder Verurtheilung des Schuldners zur Eidesleistung nicht stellt. (§§ 780, 782.) Auf diese Fälle ist die Kostenerhebung beschränkt; gebührenfrei ist deshalb die Entscheidung betr. die Abweisung des Antrags auf Anberaumung des Termins zur Leistung des Offenbarungseides. Bei der Berechnung der Kosten wird der Werth des Streitgegenstandes und, wenn wegen eines Theiles des Streitgegenstandes zur Leistung des Offenbarungseides geladen ist, nur der Werth dieses Theiles zum Grunde gelegt. (§ 12 G.K.G. Vgl. Beschluß des nicht genannten Landgerichts vom 23. Dezember 1885 a. a. O.)

Eine Festsetzung der Kosten findet nicht statt, weil die Kosten der Zwangsvollstreckung, also auch diejenigen des Verfahrens zur Abnahme des Offenbarungseides, zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruche beizutreiben sind (§ 697). Im Zusammenhange hiermit wird in der Juristischen Wochenschrift (1881 S. 29) behauptet, dem Vollstreckungsgerichte stehe eine Entscheidung über die Kostenfrage im Falle des § 781 Abs. 2 garnicht zu, da es den Widerspruch lediglich zu verwerfen oder für begründet zu erklären habe. Dies erscheint unrichtig. Denn jedes Urtheil

hat sich über den Kostenpunkt zu verhalten, eine Ausnahme ist für das Urtheil des § 781 Abs. 2 nicht verordnet, und auch der a. a. O. geltend gemachte Grund, es sei über die Kosten nicht zu erkennen, weil dann eine Schraube ohne Ende vorliegen würde, indem die Festsetzung der Kosten erfolgen, aus dem Festsetzungsbeschlusse die Pfändung versucht, nochmals zur Leistung des Offenbarungseides geladen werden und die Festsetzung dieser Kosten wiederum erfolgen müßte, trifft nicht zu. Denn wenn auch das Urtheil gemäß § 781 Abs. 2 den Kostenpunkt regelt, so müssen doch die Kosten nicht durch Beschluß festgesetzt werden, weil es sich nicht um Prozeßkosten im Sinne des § 98, sondern um Kosten der Zwangsvollstreckung handelt, deren Beitreibung mit dem Hauptanspruche und ohne einen besonderen, zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel erfolgt. Fühlt der Schuldner sich beschwert, so ist es sein Recht, Klage nach §686 zu erheben.

Wegen der Gebühren der Rechtsanwälte vgl. §§ 31, 32 der Geb.O. f. R.A. und die Beschlüsse des Landgerichts Halle vom 30. Oktober 1886 und des Landgerichts Schneidemühl a. a. O.

2. Durch die Bewilligung des Armenrechts erlangt die Partei die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der .... Gerichtskosten, einschließlich der .... sonstigen baaren Auslagen. Diese Bestimmung des § 107 Nr. 1 soll dem Gläubiger bezüglich der Haft- und Verpflegungskosten des § 792, wie Francke (S. 5) ohne Angabe von Gründen meint, „glücklicher Weise" nicht helfen. Mit ihm stimmen das Oberlandesgericht Kassel und das Landgericht Kiel a. a. O. überein, während Schönfeld (S. 56) und Falkmann (S. 337) ausführen, die Bewilligung des Armenrechts befreie den Gläubiger von der Vorausbezahlung der erwähnten Kosten, da dieselben zu den baaren Auslagen gehörten. Nach § 110 erfolgt die Bewilligung des Armenrechts für die erste Instanz einschließlich der Zwangsvollstreckung. Das gesammte im vierten Abschnitte des achten Buches der C.P.O. geordnete Verfahren gehört zur Zwangsvollstreckung. Die Kosten, welche durch die Haft entstehen, einschließlich der Verpflegungskosten, hat der Gläubiger von Monat zu Monat nach § 792 vorauszuzahlen. Da der Gläubiger durch die Bewilligung des Armenrechts von der Berichtigung der baaren Auslagen einstweilen befreit ist, so kommt bei Prüfung der Streitfrage lediglich in Betracht, ob die Haft- und Verpflegungskosten des § 792 zu den baaren Auslagen im Sinne des § 79 des G.K.G. gehören oder nicht. Die bejahende Ansicht erscheint richtig.

Während das Oberlandesgericht Kassel sich auf die Aeußerung beschränkt, durch die Bestimmung des § 79 Nr. 8 werde die vorliegende Frage nicht entschieden, führt das Landgericht Kiel aus, unter den in die Gerichtskosten eingeschlossenen baaren Auslagen könnten nur Auslagen, wie z. B. für Schreib- und Postgebühren, die Kosten für Einrückung von Bekanntmachungen, nicht aber die Haft- und Verpflegungskosten verstanden werden, weil letztere einer ganz anderen Behörde erwüchsen und von Gerichtswegen weder festgestellt, noch zur Zahlung angewiesen würden.

Diese Begründung ist nicht überzeugend. Denn der äußerliche Umstand, daß nach den Einrichtungen der Justizverwaltung die Kassengeschäfte des Gerichts und diejenigen des Gerichtsgefängnisses von einander getrennt gehalten werden, kann an dem Wesen der Haftkosten nichts ändern. Gemäß § 79 Nr. 8 a. a. O. sind die Haftkosten als baare Auslagen zu erheben; sollte die arme Partei von deren Berichtigung nicht befreit sein, so hätte es gegenüber dieser Vorschrift einer ausdrücklichen diesbezüglichen Bestimmung bedurft. Eine solche ist nicht vorhanden, vielmehr wird in den Motiven des Gerichtskostengesetzes die Erläuterung gegeben: die Bestimmung unter Nr. 8 bezieht sich auf die Kosten der Haft als eines Mittels zur Erzwingung einer Handlung (§§ 782, 774, 355 C.P.O., § 69 Abs. 2 Str.P.O.), auf die Kosten der Haft des Gemeinschuldners (§ 93 K.O.) und die Untersuchungshaft (vgl. Simeon Kostengesetze § 79 G.K.G. Anm. 92). Die vom Oberlandesgerichte Kassel erwähnte Aeußerung in den Motiven, die Nöthigung zu einer so großen Auslage — nämlich der Haft- und Verpflegungskosten — schütze den Schuldner vor zu leichtsinnigem Gebrauche dieses Exekutionsmittels, beweist nichts gegen die Unterordnung jener Kosten unter die baaren Auslagen; wird der an sich richtige Satz aber zur Begründung der Ansicht verwendet, daß die Bewilligung des Armenrechts von der Berichtigung der Kosten des § 792 nicht befreie, so ist entgegenzuhalten, daß dann die arme Partei ihren Gegner zur Leistung des Offenbarungseides durch Haft überhaupt nicht zwingen könnte, ein Ergebniß, welches Falkmann mit Recht der Rechtsverweigerung gleichstellt (vgl. Struckmann-Koch § 792 Anm. 1 Abs. 2. A.M. Wilmowski-Levy § 792 Anm. 1).

Nachtrag.

Nach Fertigstellung des vorstehenden Aufsatzes ist mir folgender praktische Fall bekannt geworden, welcher in vielfacher Beziehung lehrreich ist und deshalb hier nachträglich behandelt werden soll.

1. Auf Grund des vollstreckbaren Urtheils des Landgerichts I. Berlin vom 25. Mai 1888 ist der Schuldner zur Leistung des Offenbarungseides gemäß § 711 geladen; im Termine, am 23. August 1888, bestreitet er seine Verpflichtung zur Leistung des Eides mit der Begründung, er habe sich im Monat Juli mit der Gläubigerin dahin verglichen, daß alle Rechte aus dem gedachten Urtheile erloschen seien. Der Widerspruch wird durch Urtheil verworfen. Der Schuldner legt Berufung ein, läßt im Termine am 6. Oktober 1888 Versäumnißurtheil wider sich ergehen und erhebt Einspruch, welcher in dem Termine am 6. November 1888 zurückgewiesen wird. Nunmehr ladet die Gläubigerin den Schuldner von neuem zur Leistung des Offenbarungseides. In dem Termine am 20. Dezember 1888 hat der Schuldner ein vollständiges Vermögensverzeichniß nicht zur Stelle, weshalb neuer Termin auf 9. Januar 1889 anberaumt wird. In diesem Termine macht der Schuldner geltend, daß er den Offenbarungseid bereits früher geleistet habe, und verweigert die Eidesleistung. Das Amtsgericht I Berlin als Vollstreckungsgericht ordnet jedoch auf Antrag die Haft an und erläßt Haftbefehl. Der Schuldner erhebt sofortige Beschwerde, auf welche das Landgericht I Berlin, Civilkammer 9, unterm 19. Januar 1889 wie folgt beschließt:

in Erwägung,

daß nach § 784 ein Schuldner, welcher den im § 711 erwähnten Offenbarungseid geleistet hat, zur nochmaligen Leistung des Eides auch einem andern Gläubiger gegenüber nur verpflichtet ist, wenn glaubhaft gemacht wird, daß er später Vermögen erworben habe,

daß diese Bestimmung lediglich im öffentlichen Interesse zur Verhütung der Vervielfältigung von Eidesleistungen getroffen ist und deshalb ein vom Schuldner aus dieser Bestimmung hergenommener Widerspruch, wenn die frühere Eidesleistung sich bestätigt, berücksichtigt werden muß, auch wenn sein, durch einen andern Einwand begründeter Widerspruch schon rechtskräftig verworfen sein sollte,

daß der Schuldner seinen Widerspruch gegen seine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides in der Verhandlung am 9. Januar 1889 unter Bezeichnung der bezüglichen Akten darauf gestützt hat, daß er den Offenbarungseid schon 1877 geleistet habe,

daß diese Behauptung nach dem in der betreffenden Gerichtsschreiberei geführten Register sich bestätigt, und deshalb nach der vorstehenden Ausführung die Beschwerde gegen den angefochtenen Beschluß und den gegen den Schuldner am 10. Januar erlassenen Haftbefehl begründet erscheint und der Gläubigerin überlassen bleiben muß, späteren Vermögenserwerb auf Seiten des Schuldners glaubhaft zu machen:

Der Beschluß des Amtsgerichts I Berlin Abth. 47 II vom 9. Januar und der auf Grund desselben gegen den Schuldner unterm 10. Januar 1889 erlassene Haftbefehl werden aufgehoben. Die Anträge der Gläubigerin auf Abnahme des Offenbarungseides und auf Verhaftung des Schuldners werden zurückgewiesen. Die Kosten des angefochtenen Beschlusses werden niedergeschlagen, die des gegenwärtigen Beschlusses bleiben außer Ansatz.

In der von der Gläubigerin gegen diesen Beschluß eingelegten weiteren Beschwerde ist ausgeführt, derselbe würde im Prinzipe dem Schuldner das Recht geben, durch stets neue Einwendungen, auch wenn er bereits rechtskräftig zur Leistung des Offenbarungseides verurtheilt sei, die Leistung zu verweigern und so, wenn er einigermaßen Geschick besitze, sich vor der Leistung des Eides bis zu seinem Tode zu schützen; unmöglich könne die C.P.O. eine solche Absicht gehabt haben; Sache des Schuldners sei es gewesen, im Verfahren sämmtliche Einwendungen vorzubringen, mit den nicht angebrachten sei er ausgeschlossen. Der Einwand sei dem Schuldner im Verfahren bekannt gewesen, da er schon 1877 den Eid geleistet haben wolle. Uebrigens werde durch den urschriftlich überreichten Vergleich vom 16. November 1887 glaubhaft gemacht, daß der Schuldner seit 1877 umfangreiche Geschäfte betrieben und Vermögen erworben haben müsse; es werde zu diesem Zwecke auf die im Vergleiche aufgeführten Prozeßakten Bezug genommen.

Der hierauf ergangene Beschluß des Kammergerichts, Civilsenat 6, vom 7. Februar 1889 lautet:

Die eingelegte weitere sofortige Beschwerde wird auf Kosten der Gläubigerin zurückgewiesen.

Gründe.

Mit Recht hat der angegriffene Beschluß angenommen, daß der Schuldner gegenüber dem Beschlusse des Amtsgerichts I hierselbst vom 9. Januar 1889, welcher gegen ihn zur Erzwingung

des Offenbarungseides Haft angeordnet hatte, den Einwand aus § 784 erheben könne. In thatsächlicher Beziehung sind die Voraussetzungen dieses Paragrapen vorhanden. Der Schuldner hat im Jahre 1877 manifestirt und ist somit zur nochmaligen Leistung des Eides nicht verpflichtet. Die Gläubigerin hat aber auch in dieser Instanz nicht glaubhaft machen können, daß der Schuldner seit 1877 Vermögen erworben habe. Der von der Gläubigerin produzirte Vergleich vom 16. November 1887 ergiebt nach dieser Richtung zu Gunsten der Gläubigerin nichts, während die vom Schuldner produzirten eidesstattlichen Atteste das Gegentheil der Behauptung der Gläubigerin glaubhaft machen. Es müsse deshalb die von der Gläubigerin erhobene weitere sofortige Beschwerde, da der zweite Richter aus zutreffenden Gründen den Haftbefehl aufgehoben hat, kostenfällig zurückgewiesen werden.

Die gegen diesen Beschluß von der Gläubigerin erhobene weitere sofortige Beschwerde ist zunächst mit dem Hinweise darauf begründet, daß das ganze Verfahren nicht dem Gesetze entspreche. Auf die Beschwerde gegen den Haftbefehl konnten, so wird ausgeführt, Land- und Kammergericht eventuell nur anordnen, daß mündliche Verhandung über den Einwand vor dem Amtsgerichte I Berlin anberaumt wird, wenn sie den Haftbefehl als zu Unrecht ergangen ansahen. Ueber die Verpflichtung zur Leistung des Eides ist durch Urtheil, nicht durch Beschluß zu entscheiden. Sodann wird behauptet, es sei genügend glaubhaft gemacht, daß der Schuldner neues Vermögen erworben habe: der Vergleich und die in demselben angeführten Prozeßakten würden ergeben, daß der Schuldner nach dem Jahre 1877 umfangreiche Geschäfte in Juwelen gemacht, und daß er aus diesen und aus Spekulationsgeschäften in Effekten an der Berliner Börse wiederholt große Verdienste gehabt habe, würden die Aeltesten der Kaufmannschaft bekunden. Endlich wird wiederholt, was bereits in der ersten weiteren Beschwerde hervorgehoben ist, daß nämlich wegen der Rechtskraft des den Widerspruch des Schuldners verwerfenden Urtheils die Erhebung von Einwendungen unzulässig sei, die der Schuldner schon im vorigen Verfahren hätte geltend machen können. Auf diese Beschwerde der Gläubigerin hat das Reichsgericht, Civilsenat 1, in der Sitzung vom 2. März 1889 beschlossen — Bs. I. 7/89. —:

Die sofortige weitere Beschwerde der Klägerin wird zurückgewiesen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Begründung.

Insoweit die Beschwerde sich darauf gründet, daß 1. über die Weigerung des Beklagten, den Offenbarungseid zu leisten, durch Urtheil und nicht durch Beschluß hätte entschieden werden müssen, und daß 2. der Beklagte, nachdem seine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides rechtskräftig durch Urtheil festgestellt war, Einwendungen gegen diese Verpflichtung, die er bereits im vorigen Verfahren hätte geltend machen können, nicht von neuem vorbringen durfte, ist dieselbe zufolge § 531 Abs. 2 C.P.O. unzulässig, da sowohl das Landgericht wie das Kammergericht die Aufhebung des amtsgerichtlichen Beschlusses vom 8. Januar[32]) 1889 und des auf Grund desselben erlassenen Haftbefehls vom 9. Januar[32]) 1889 im Beschlußwege für statthaft erachtet haben, auch übereinstimmend davon ausgegangen sind, daß der Beklagte trotz des ergangenen Urtheils mit Rücksicht auf den im Jahre 1877 von ihm geleisteten Offenbarungseid zu einer abermaligen Ableistung desselben nur verpflichtet sei, wenn glaubhaft gemacht werde, daß er später Vermögen erworben habe.

Hinsichtlich der vorstehenden beiden Beschwerdepunkte ist mithin in dem angefochtenen Beschlusse ein neuer selbständiger Beschwerdegrund nicht enthalten.

Insoweit Klägerin sich darüber beschwert, daß das Kammergericht einen Vermögenserwerb des Beklagten nach dem Jahre 1877 nicht für glaubhaft gemacht erachtet, ist ihre Beschwerde unbegründet. Der Vergleich, auf den Kläger Bezug nimmt, den sie aber ihrer gegenwärtigen Beschwerde nicht wieder beigefügt hat, ist nach ihren eigenen Angaben über den Inhalt desselben vom Kammergerichte zutreffend gewürdigt, da daraus, daß der Beklagte umfangreiche Geschäfte in Juwelen gemacht hat, nicht hervorgeht, daß er zu Vermögen gelangt ist. Die in der Beschwerdeschrift enthaltene Berufung auf die Auskunft der Aeltesten der Kaufmannschaft zu Berlin über die angeblich vom Beklagten gemachten Geschäfte und den demselben hieraus erwachsenen Verdienst ist ebenfalls keine dem § 266 C.P.O. entsprechende Glaubhaftmachung eines späteren Vermögenserwerbs.

Demgemäß war die sofortige weitere Beschwerde der Klägerin zurückzuweisen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens fallen nach § 92 Abs. 1 C.P.O. der Beschwerdeführerin zur Last.

---

[32]) Die Daten sind unrichtig; es muß heißen: vom 9. bezw. vom 10. Januar.

2. Die Thatsache, daß ein Gläubiger, der gegen den fruchtlos gepfändeten Schuldner durch Ladung zur Leistung des Offenbarungseides den letzten Versuch macht, um zu dem Seinigen zu kommen, ein beinahe acht Monate dauerndes Verfahren und in demselben sieben gerichtliche Entscheidungen — drei über den Widerspruch des Schuldners gegen die Verpflichtung zur Eidesleistung, vier über die Verweigerung des Eides — über sich ergehen lassen muß, um schließlich doch nicht die Eidesleistung zu erlangen, ist so bezeichnend, daß eine Betrachtung darüber überflüssig erscheint.

Dagegen nöthigen die gerichtlichen Entscheidungen zu einer Besprechung, nicht diejenigen, welche den Widerspruch des Schuldners gestützt darauf, daß die Rechte der Gläubigerin aus dem vollstreckbaren Titel erloschen seien, betreffen, wohl aber die vier Beschlüsse über das Vorbringen des Schuldners, er habe den Offenbarungseid bereits 1877 geleistet.

a) In formeller Beziehung. Das Amtsgericht hat dieses Vorbringen als Verweigerung der Eidesleistung erachtet, demgemäß durch Beschluß erledigt und Haftbefehl erlassen. Das Landgericht hat Beschluß und Haftbefehl aufgehoben, das Kammergericht hat die hiergegen gerichtete Beschwerde der Gläubigerin zurückgewiesen, und das Reichsgericht endlich hat die weitere Beschwerde der Gläubigerin als unzulässig verworfen.

Richtig ist von diesen vier Entscheidungen nur diejenige des Reichsgerichts, da dasselbe beim Vorhandensein der beiden mit einander übereinstimmenden Beschlüsse des Landgerichts und des Kammergerichts nichts anderes als die Unzulässigkeit der gleichwohl erhobenen weiteren Beschwerde aussprechen konnte. Den drei anderen Beschlüssen kann dagegen nicht zugestimmt werden. Der Grundfehler liegt in der Annahme des Amtsgerichts, die Behauptung des Schuldners, er habe den Offenbarungseid bereits geleistet, sei eine Verweigerung der Eidesleistung und demgemäß nach § 782 zu behandeln. Der richtigen Ansicht nach kann eine derartige Behauptung nur als Bestreiten der Verpflichtung zur Eidesleistung, also als Widerspruch nach § 781 Abs. 2 erachtet werden. Dies ist schon durch den Wortlaut der §§ 781 und 784 außer Zweifel. Denn dort heißt es: Bestreitet der Schuldner die Verpflichtung zur Eidesleistung u. s. w. hier: ein Schuldner . . . ist zur nochmaligen Leistung des Eides . . . nur verpflichtet. Im übrigen wird auf die obigen Ausführungen S. 585 ff. verwiesen. Das Amtsgericht hätte also durch

Urtheil über den aus § 784 entnommenen Widerspruch entscheiden müssen. Da dies nun nicht geschehen ist, so durften das Landgericht und später das Kammergericht, obwohl seitens der Parteien und besonders seitens der Gläubigerin eine Rüge nicht erhoben war, materiell überhaupt nicht entscheiden, hatten vielmehr unter Aufhebung des Beschlusses die Sache an das Amtsgericht zurückzugeben. Das Kammergericht war überdies in seiner Entscheidung nicht etwa durch § 531 Abs. 2 gebunden; es hatte vielmehr, obwohl von beiden Vorinstanzen durch Beschluß, also in formeller Beziehung konform, entschieden war, freie Hand, weil in materieller Hinsicht zwei einander gerade entgegengesetzte Beschlüsse vorlagen. Man wird in der Annahme nicht fehlgehen, daß, hätte die Gläubigerin die unrichtige prozessualische Behandlung bereits in der gegen den landgerichtlichen Beschluß erhobenen Beschwerde bemängelt, und wäre die Rüge vom Kammergericht zurückgewiesen worden, in dieser Zurückweisung ein neuer Beschwerdegrund im Sinne des § 531 Abs. 2 seitens des Reichsgerichts erblickt worden wäre.

b. In materieller Beziehung.

Vorweg ist zu bemerken, daß der Schuldner den ersten Eid, auf welchen er den Widerspruch jetzt stützt, im Jahre 1877 geleistet hat. Die bezüglichen Angaben in dem Beschlusse des Landgerichts sind insofern unzureichend, als das Gericht, vor welchem die Eidesleistung stattgefunden, nicht bezeichnet und wegen des Eides nur bemerkt ist, es habe sich nach den in der betreffenden Gerichtsschreiberei geführten Registern bestätigt, daß der Schuldner den „Offenbarungseid" geleistet habe. Hieraus kann man zunächst nicht mit Sicherheit, aber immerhin mit Wahrscheinlichkeit ableiten, daß der Schuldner den Eid am Sitze des entscheidenden Gerichts, also in Berlin, geschworen hat. Sodann erhellt, daß der Schuldner im Jahre 1877 den Offenbarungseid, insbesondere den nach § 711, nicht geleistet haben kann, weil damals die Civilprozeßordnung noch nicht in Geltung war. Der Schuldner kann vielmehr nur den Manifestationseid nach der preußischen Allgemeinen Gerichts-Ordnung geleistet haben, und zwar, wie man annehmen muß, den Eid nach Nr. 4 des § 29 I 22. A.G.O., da die unter Nr. 1—3 und 5—11 daselbst genannten Manifestationseide mit dem Offenbarungseide des § 711 zweifellos sich nicht decken. Es fragt sich, ob eine solche Uebereinstimmung zwischen unserem Offenbarungseide und dem Manifestationseide des § 29 Nr. 4 besteht? Vornehmlich sind, so heißt es dort, zur Ableistun-

des Manifestationseides verbunden: 4. Schuldner, bei welchen kein Vermögen, in welches Exekution vollstreckt werden könnte, vorgefunden wird. Hieraus in Verbindung mit der Bestimmung des § 33 a. a. O.: dieser Eid muß allemal das Versprechen enthalten, wenn sich in der Folge ergeben sollte, daß etwas außer Acht gelassen worden, davon noch getreulich Anzeige zu thun, ist mit Recht[33]) geschlossen worden, daß der Schuldner nach der Allgemeinen Gerichts-Ordnung nur seinen guten Glauben zu beschwören hatte, während er jetzt nach § 711 die uneingeschränkte Verpflichtung übernimmt, nicht bloß nichts wissentlich zu verschweigen, sondern auch sein Vermögen vollständig anzugeben und, daß er dies gethan habe, eidlich zu erhärten. Diese Unterscheidung ist jedoch im wesentlichen nur für die strafrechtliche Bedeutung des Offenbarungseides von Belang, weil nach der jetzigen Fassung des Eides, wie oben dargethan worden ist, eine Bestrafung wegen fahrlässigen Falscheides möglich ist, wogegen nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 33 a. a. O. der Beweis eines Meineides nur insofern stattfindet, als etwas wissentlich verschwiegen worden ist. Für das Civilrecht muß jedoch der Manifestationseid des frustra excussus nach § 29 Nr. 4 a. a. O. demjenigen des Schuldners nach § 711 gleichgestellt werden, weil in beiden Fällen die vollständige Angabe des Vermögens den Inhalt des Eides bildet.[34]) In dieser Beziehung hat hiernach der landgerichtliche Beschluß den vom Schuldner im Jahre 1877 geleisteten Manifestationseid mit Recht berücksichtigt.

Dem Beschlusse kann aber um deswillen nicht zugestimmt werden, weil die Thatsache, daß der vom Schuldner schon einmal gegen seine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides erhobene Widerspruch rechtskräftig zurückgewiesen war, unrichtig gewürdigt ist. Daß die Bestimmung des § 784 lediglich im öffentlichen Interesse zur Verhütung der Vervielfältigung von Eidesleistungen getroffen ist, wird vom Landgerichte zutreffend ausgeführt. Es schließt hieran jedoch die nicht haltbare Ansicht, daß deshalb ein vom Schuldner aus dieser Bestimmung hergenommener Widerspruch berücksichtigt werden müsse, auch wenn sein durch einen andern Einwand begründeter Widerspruch schon rechtskräftig verworfen sein sollte. Damit wird die Bedeutung der Rechtskraft des Urtheils verkannt. Denn durch

---

[33]) Vgl. Entsch. d. R.G. in Strafsachen Bd. 6 S. 207.

[34]) Vgl. Wilmowski-Levy § 784 Anm. 1 am Ende.

das gedachte Urtheil ist nicht bloß der Widerspruch beseitigt, welcher dem Urtheile zum Grunde gelegen hat, also nicht bloß der Einwand, die Rechte der Gläubigerin aus dem vollstreckbaren Titel vom 25. Mai 1888 seien erloschen, sondern alle Einwendungen, die der Schuldner gegen seine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides der Gläubigerin gegenüber in dem, jenem Urtheile voraufgegangenen Verfahren hat geltend machen können. Denn das rechtskräftige Urtheil schafft Recht unter den Parteien, hier das Recht der Gläubigerin auf Ableistung des Offenbarungseides seitens des Schuldners; und daß durch das Urtheil alle Einwendungen des Schuldners, auch die nicht vorgebrachten, erledigt sind, bestimmt § 686, der auf alle Arten der Zwangsvollstreckung zur Anwendung zu bringen ist, so zwar, daß es einer ausdrücklichen Verordnung bedurft hätte, wenn dessen Anwendung im Falle der §§ 780 ff. ausgeschlossen sein sollte. Eine solche Verordnung besteht nicht. Wie daher der Schuldner in der Klage gemäß § 686 alle Einwendungen geltend machen muß, welche er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen im Stande war, so muß er bei seinem Widerspruche alle Einwendungen vorbringen, die er zur Zeit der Erhebung des Widerspruchs vorzubringen im Stande war. Dies ergiebt sich bei entsprechender Anwendung des § 686 von selbst. Daß dem Schuldner, als er auf die erste Ladung zur Leistung des Offenbarungseides Widerspruch erhob, bekannt war oder bekannt sein mußte, daß er 1877 bereits manifestirt habe, steht außer Zweifel. Das nachträgliche Vorbringen dieser früheren Eidesleistung mußte also mit Rücksicht auf die Rechtskraft des mehrerwähnten Urtheils zurückgewiesen werden. Durch dieses Ergebniß wird der Grundsatz des § 784 nicht verletzt. Denn jedem andern Gläubiger kann selbstverständlich der Schuldner die Thatsache, daß er schon einmal manifestirt habe, mit Erfolg entgegensetzen, nur nicht derjenigen Gläubigerin, die den judikatmäßigen Anspruch auf Leistung des Eides erlangt hat.

In dem Beschlusse des Landgerichts ist also das Gesetz durch unrichtige Anwendung der §§ 781 Abs. 2, 782, 784, 686 Abs. 3 verletzt. Der gleiche Vorwurf muß gegen den Beschluß des Kammergerichts erhoben werden. Zwar ist in letzterem die für die Entscheidung des Streites der Parteien ersichtlich ausschlaggebende Frage, betreffend die Wirkung der Rechtskraft des mehrgedachten Urtheils des Landgerichts, ausdrücklich nicht berührt, aber aus dem Satze in der Begründung: „es mußte die Beschwerde, da der zweite

Richter aus zutreffenden Gründen den Haftbefehl aufgehoben hat, zurückgewiesen werden", läßt sich entnehmen und hat das Reichsgericht entnommen, daß das Kammergericht dem Landgerichte auch in Bezug auf dessen Auffassung von der Bedeutung der Rechtskraft jenes Urtheils beigetreten ist.

Die hier verfochtene Ansicht erscheint nicht bloß theoretisch begründet; sie führt auch praktisch zu einem befriedigenderen Ergebnisse, als die des Landgerichts und des Kammergerichts. Wurde nämlich der Widerspruch des Schuldners als Widerspruch behandelt und durch Urtheil entschieden, so blieb dem Schuldner lediglich das Rechtsmittel der Berufung, nach deren rechtskräftiger Zurückweisung die Gläubigerin ihr Recht auf Leistung des Offenbarungseides seitens des Schuldners endlich hätte verwirklichen können. Ein nochmaliges Vorbringen der Behauptung des letzteren, er habe bereits manifestirt, wird — anders beim ersten Male — durch Beschluß zurückgewiesen. Denn nach rechtskräftiger Verwerfung des Einwandes gilt dessen erneute Geltendmachung als grundlose Verweigerung der Eidesleistung. (Vgl. § 355. Wilmowski-Levy § 782 Anm. 1. Struckmann-Koch § 782 Anm. 1.)

18.

Die ausländische Judikatforderung im deutschen Konkurse.

Von dem Herrn Referendar Dr. Borchardt in Berlin.

In § 134 Abs. 6 K.O. ist bestimmt, daß der Widerspruch gegen eine angemeldete Konkursforderung, für welche ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt, von dem Widersprechenden zu verfolgen ist.

Es bedeutet dies für die bezeichneten Konkursforderungen eine Umkehrung des gewöhnlichen Verhältnisses. Während es in der Regel Sache des Liquidanten ist, gegenüber dem Widerspruche die Feststellung der angemeldeten Forderung zu betreiben (§ 134 Abs. 1 K.O.), wird in diesen Ausnahmefällen umgekehrt dem Widersprechenden auferlegt, den Widerspruch zu verfolgen.

Während aber in der K.O. genau vorgesehen ist, wie der in Folge eines Widerspruches nicht zur Feststellung gelangte Liquidant die Feststellung zu betreiben hat, nämlich je nach den Umständen entweder durch Erhebung der Feststellungsklage im ausschließlichen Gerichtsstande des § 134 Abs. 2 K.O. oder aber durch Aufnahme

eines zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens über die angemeldete Forderung anhängig gewesenen, durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Rechtsstreits (§§ 134 Abs. 3 K.O. 218 C.P.O.), während das Gesetz weiter auch die Art der Begründung der Feststellungsklage genau vorschreibt und den Umfang des Feststellungsanspruches fest begrenzt (§ 134 Abs. 4 K.O.), sucht man auf der anderen Seite vergeblich nach entsprechenden Vorschriften über die in § 134 Abs. 6 K.O. vorgesehene Verfolgung eines Widerspruchs gegen eine der dort gedachten Forderungen: weder über die materielle Zulässigkeit eines solchen Widerspruchs noch auch über seine prozessuale Geltendmachung und Behandlung findet sich in der K.O. ein Wort. Theorie und Praxis haben jedoch die Lücke ausgefüllt.

Man folgert zunächst, und das offenbar mit Recht, daß eine Forderung, für welche einer der in § 134 Abs. 6 bezeichneten Schuldtitel vorliegt, auf Grund der bloßen Anmeldung in Verbindung mit der Vorlegung des Schuldtitels, um die Worte der K.O. (§ 132) zu gebrauchen, als festgestellt zu gelten hat und im Verfahren demgemäß zu behandeln ist; gesagt ist freilich auch dies im Gesetze selbst nicht.

Den Widerspruch bezw. die Verfolgung desselben anlangend aber verweist man den Widersprechenden auf die regelmäßigen, in der C.P.O. vorgesehenen Rechtsbehelfe gegen die in § 134 Abs. 6 K.O. speziell bezeichneten Schuldtitel, also Einspruch, Rechtsmittel, Einwendungen in Gemäßheit des § 686 C.P.O., Restitutions- und Nichtigkeitsklage, kurz ausgedrückt: auf eine Fortsetzung des noch nicht bezw. eine Wiederaufnahme des bereits rechtskräftig geschlossenen Prozeßverfahrens in Gemäßheit und nach Maßgabe des Prozeßrechts außerhalb des Konkursverfahrens.

Dieser Ausweg mag nicht ganz frei von Bedenken sein, insbesondere in Betreff der Stellung des Gemeinschuldners, und falls ein einzelner Konkursgläubiger den Widerspruch verfolgt, etwa durch Einlegung der Berufung gegen ein erstinstanzliches Endurtheil oder durch Geltendmachung von Einwendungen nach § 686 C.P.O., in Ansehung der Stellung dieses Gläubigers in dem Rechtsstreite. Man wird aber nicht umhin können, denselben, mangels einer im Gesetze enthaltenen Regelung eines speziellen Widerspruchsverfahrens, für praktikabel und im Ganzen auch für folgerichtig gelten zu lassen. Derselbe steht im Einklang mit der Vorschrift des § 134 Abs. 3 K.O., wonach bei rechtshängigen Forderungen im Falle des Be-

streitens die Feststellung ganz allgemein durch Aufnahme des Prozesses zu betreiben ist, und zwar durch Aufnahme gegen den Bestreitenden, gleichviel ob dies der Verwalter ist oder ein Konkursgläubiger. Das Auftreten eines Nicht-Schuldners, ja eines völlig außerhalb des streitigen Rechtsverhältnisses stehenden Dritten in der Rolle des Schuldners oder doch als Vertreter der Schuldnerrechte im Rechtsstreite darf, nachdem die K.O. allen Gläubigern die Befugniß beigelegt hat, jede Konkursforderung wirksam zu bestreiten (§ 132 Abs. 1), nicht befremden und steht jedenfalls in keinem prinzipiellen Widerspruche mit der gesetzlichen Regelung der Materie, soweit eine solche in der K.O. enthalten ist; soweit der Dritte nicht geradezu eine Klage gegen den Gläubiger anstrengt, befindet sich seine Theilnahme am Rechtsstreite auch im Einklange mit den Grundsätzen der C.P.O. über Nebenintervention (§§ 63 ff.).

Wir lassen die verschiedenen, aus diesem von der K.O. angenommenen Prinzipe sich ergebenden Bedenken, Zweifel und Streitfragen in dieser Abhandlung auf sich beruhen; denn für uns steht etwas Anderes in Frage.

§ 134 Abs. 6 K.O. nennt 3 Arten von Schuldtiteln: mit der Vollstreckungsklausel versehene Schuldtitel, Endurtheile, Vollstreckungsbefehle.

Es ist die Frage entstanden, ob unter den Endurtheilen nur Urtheile deutscher Gerichte oder auch solche ausländischer Gerichte zu verstehen bezw. mit einzubegreifen sind.

Die ausdehnende Auslegung wird gestützt auf § 4 K.O.

§ 4 bestimmt, daß ausländische Gläubiger den inländischen gleichstehen.

§ 4 wird mit Unrecht angerufen.

Auch wenn man die Frage, wie wir es thun, in entgegengesetztem Sinne beantwortet, bleibt man in Uebereinstimmung mit § 4; denn man statuirt keine mit § 4 in Widerspruch stehende, unterschiedliche Behandlung ausländischer und inländischer Gläubiger. Die entgegengesetzte Ausführung übersieht, daß Gläubiger und Endurtheile nicht identisch sind. Ein inländischer Gläubiger kann ein ausländisches und ein ausländischer Gläubiger ein inländisches Endurtheil haben. § 4 stellt mit keiner Silbe die ausländischen Endurtheile den inländischen gleich; er spricht vielmehr nur von Gläubigern. Für ausländische Endurtheile ist aus § 4, nach seinem klaren Wortlaute, nur zu entnehmen, daß dieselben, ebenso wie

inländische, vollständig gleich zu behandeln sind, gleichviel ob sie von Inländern vorgelegt werden oder von Ausländern. Ueber die Art dieser Behandlung sagt § 4 nichts, für ausländische Endurtheile so wenig, wie für inländische.

Dieses Argument ist also hinfällig.

Dieses vorausgeschickt, leugnen wir mit Bestimmtheit, daß die Bezeichnung Endurtheil in § 134 Abs. 6 K.O. auch auf Endurtheile ausländischer Gerichte mitbezogen werden dürfe.

Dagegen sprechen überwiegende Gründe; dafür kein einziger.

In erster Linie ist hinzuweisen auf die Stellung des Endurtheils in § 134 Abs. 6 in der Mitte zwischen dem mit Vollstreckungsklausel versehenen Schuldtitel und dem Vollstreckungsbefehl, also zwei spezifischen Gebilden des inländischen Prozeßrechts. Schon nach dieser äußeren Stellung muß man annehmen, daß auch unter Endurtheil nur ein Gebilde des nationalen Rechts verstanden ist. Es wäre unverständlich, wie der Gesetzgeber zwischen zwei so speziell begrenzte technische Begriffe des heimischen Prozeßrechts gerade in die Mitte einen Begriff stellen sollte, welcher, wenn man ihn ganz allgemein auf alle ausländischen Endurtheile anwenden will, was man doch muß, wenn man ausländische Urtheile überhaupt zuläßt, einfach alle und jede karakteristische Bestimmtheit verliert. Derselbe würde sich zu seinen beiden Nachbarn verhalten, wie ein Nebelbild zu einem organischen Körper. Die Nachbarschaft, in welcher das Endurtheil auftritt, ist entscheidend für seine Bedeutung. Man kann und darf nicht präsumiren, daß das Gesetz Dinge, die ganz und gar nicht zu einander gehören, so unmotivirt durch einander würfelt; man muß vielmehr einen jeden vom Gesetze in Anwendung gebrachten Ausdruck stets in und aus dem Zusammenhange, in welchem er auftritt, interpretiren.

Es kommt hinzu, daß der Ausdruck Endurtheil in der C.P.O. einen im Gegensatz zu anderen Urtheilen, welche nicht Endurtheil heißen, spezifisch ausgestalteten prozeßrechtlichen Begriff repräsentirt (§§ 272 ff. 248, 425, 562 Abs. 3 C.P.O.), und daß die C.P.O. an die Qualifikation eines Urtheils als Endurtheil ganz bestimmte rechtliche Folgen knüpft (§§ 472, 507, 644 C.P.O.).

Es spricht nichts dafür, daß das Wort Endurtheil in der K.O. in einem anderen Sinne gebraucht worden sei, als in der C.P.O. Beide Gesetze, zu gleicher Zeit in Kraft getreten, sind gewissermaßen Erzeugnisse eines und desselben großen gesetzgeberischen Aktes. Wo

die C.P.O. Worte gebraucht, deren Begriff in der K.O. festgestellt ist, wie etwa das Wort Konkursmasse in § 218, wird man ohne Weiteres den in der K.O. festgestellten Begriff damit verbinden müssen. Dasselbe gilt unbedenklich auch umgekehrt. Es muß im vorliegenden Falle um so mehr gelten, als die beiden Nachbarn des Endurtheils in § 134 Abs. 6 K.O. die Bezugnahme oder vielmehr den bewußten Hinweis auf die C.P.O. und deren Begriffstechnik völlig außer Zweifel stellen

Die Miteinbeziehung der ausländischen Endurtheile in die Bestimmung des § 134 Abs. 6 K.O. würde weiter zu der Frage führen, ob der Konkursrichter als ausländisches Endurtheil, ganz abgesehen selbst von der Verschiedenheit der Sprachen, eine solche Entscheidung aufzufassen hat, welche dem ausländischen Rechte als Endurtheil gilt, oder aber nur eine solche Entscheidung des ausländischen Richters, welche nach inländischem Rechte ein Endurtheil sein würde. Daß § 4 K.O. eine sichere Grundlage zur Entscheidung dieser Frage nicht bietet, dürfte auf der Hand liegen. Entscheidet man sich für die Anwendung des deutschen Rechts, so wird man weiter dahin kommen müssen, auch solche ausländische Schuldtitel, welche nach deutschem Rechte einen mit Vollstreckungsklausel versehenen Schuldtitel oder einen Vollstreckungsbefehl darstellen würden, in die Vorschrift des § 134 Abs. 6 einzubeziehen, wie denn in der That auch gar nichts dafür spricht, gerade das Endurtheil vor seinen beiden Nachbarn zu bevorzugen, zu scheiden, was das Gesetz zusammenfügt. Hiermit würde man aber offenbar von festen Rechtsnormen allmälig immer weiter zu einem bloßen Konjekturalrecht gelangen, wie solches die Verfasser der K.O. sicherlich am allerwenigsten gewollt haben. Nicht besser oder vielmehr noch schlechter fährt man, wenn man die Frage nach ausländischem Recht beantworten will; denn hier entsteht die Vorfrage: was ist nach ausländischem Recht ein Endurtheil? und diese dürfte so leicht nicht zu beantworten sein.

Uebrigens bietet, um die terminologische Seite möglichst zu erschöpfen, die C.P.O. selbst einen authentischen Fingerzeig für die richtige Auslegung dar, indem sie an der einzigen Stelle, wo sie von ausländischen Urtheilen handelt, §§ 660, 661, dieselben nur als Urtheile bezeichnet, nicht als Endurtheile, und das, obwohl in §§ 660, 661 die Zwangsvollstreckung aus ausländischen Urtheilen in Rede steht und nach dem feststehenden Prinzip der C.P.O. eine Zwangsvollstreckung nur aus solchen Urtheilen zulässig ist, welche Endurtheile sind (§ 644 C.P.O.).

Es sprechen aber für unsere Auslegung abgesehen von der Terminologie noch weitere Gründe sowohl formaler als auch materiellrechtlicher Natur.

Bei der entgegengesetzten Auslegung gilt die Forderung auf Grund der Anmeldung und der Vorlegung des ausländischen Endurtheils bezw. desjenigen ausländischen Schuldtitels, welchen der Konkursrichter nach seiner rechtlichen Auffassung als ein Endurtheil erachtet, als festgestellt, auch wenn sie im Prüfungstermin, sei es vom Verwalter sei es von einem Konkursgläubiger, bestritten wird, und wird demgemäß, dieses Bestreitens ungeachtet, in dem weiteren Verfahren als festgestellt behandelt. So weit ist Alles klar.

Sowohl der Verwalter, als auch jeder Konkursgläubiger sind legitimirt, der Forderung zu widersprechen. Auch das ist klar.

Der bloße Widerspruch hilft aber dem Widersprechenden an sich nichts; er muß denselben vielmehr, wenn er einen praktischen Erfolg damit erzielen will, verfolgen. Hier beginnt die Unklarheit.

Es ist im Eingange dargelegt, daß die K.O. über die Art und Weise dieser Verfolgung des Widerspruchs nichts bestimmt, daß hier eine Lücke in den positiven Anordnungen des Gesetzes vorliegt, und daß und wie Doktrin und Praxis diese Gesetzeslücke ausgefüllt haben.

Hiernach giebt es, wie ausgeführt, kein besonderes Widerspruchsverfahren, analog etwa der Feststellungsklage des § 134 Abs. 2, vor einem hierzu bestimmten inländischen Forum, sondern der Widersprechende ist darauf angewiesen, sich der nach Prozeßrecht gegen das Endurtheil gegebenen Rechtsbehelfe oder Rechtsmittel zu bedienen, welche man ihm zu diesem Zwecke zugängig macht, obwohl er an sich gar nicht Prozeßpartei ist noch sein kann.

Es leuchtet aber ein, daß hiermit das ganze, in § 134 Abs. 6 vorgesehene und damit gewährleistete Widerspruchsverfahren, wenn es sich um eine Forderung handelt, für welche ein ausländisches Endurtheil vorliegt, vor die Gerichte des Auslandes verwiesen würde. Die C.P.O. kennt wenigstens keinen Rechtsbehelf, vermöge dessen der Schuldner oder hier an dessen Stelle ein Dritter im Stande wäre, ein ausländisches Urtheil zum Gegenstande eines im Inlande verhandelten Rechtsstreits zu machen. Es versteht sich von selbst, daß dies nur im Wege der Klage geschehen könnte; denn daß ein Einspruch, eine Berufung, eine Revision gegen ein ausländisches Endurtheil nach dem Rechte der C.P.O. bei einem deutschen Gerichte nicht eingelegt und vor einem solchen nicht verhandelt werden kann,

bedarf keiner Ausführung. Die einzigen Bestimmungen der C.P.O. aber, in denen von ausländischen Urtheilen die Rede ist, §§ 660, 661, gewähren nur Einreden, oder richtiger: handeln nur von einer inländischen Klage des Gläubigers, welcher ein ausländisches Urtheil erwirkt hat; nicht aber legitimiren sie den Schuldner zur Klage. Sonst schweigt die C.P.O. von ausländischen Urtheilen gänzlich.

Man könnte vielleicht mit vieler Mühe die Zulässigkeit der Klage des § 686 C.P.O. herausdeduziren. Es liefe das aber immer auf eine mehr oder minder gewaltsame Zustutzung einer für bestimmt normirte Fälle gegebenen gesetzlichen Anordnung für durchaus anders geartete Fälle, für welche sie offenbar nicht gegeben ist, hinaus und würde zudem nur für eine kleine Minderzahl der in Betracht kommenden Fälle einen Ausweg gewähren.

Mit mehr Recht könnte man vielleicht den Widersprechenden auf die Klage des § 231 C.P.O. verweisen.

Wir meinen aber, man geräth hiermit in ein Labyrinth.

Zunächst, auf was sollte das Klagebegehren gerichtet werden? Darauf, daß die angemeldete Forderung überhaupt nicht zu Recht bestehe? Und wenn dies, wie steht es mit der Begründung der Klage? Will diejenige Auslegung, welche den ausländischen Rechtsspruch dem heimischen völlig gleichstellt, nun ohne jede Rücksicht auf denselben eine ganz selbständige Verhandlung des Rechtsstreits vor dem heimischen Richter zulassen? Und wenn nicht, wie will und soll man die Grenzen dieses neuen Rechtsstreits bestimmen? welche Einreden gegen den Anspruch sollen zugelassen, welche ausgeschlossen werden? welches Maß von bestimmender Bedeutung soll dem ausländischen Verdikte beigelegt werden? wo soll die Grenze liegen, bis zu welcher dasselbe den inländischen Richter bindet? sollen nur die thatsächlichen Feststellungen des außerdeutschen Gerichts bestehen bleiben? oder auch die rechtlichen Ausführungen? oder nur die letzteren, nicht aber die ersteren? Weiter aber, woher soll die Zuständigkeit des deutschen Richters für ein solches nebelumhülltes Nachverfahren zu dem ausländischen Prozesse fließen? und welcher deutsche Richter soll eigentlich der zuständige sein, insbesondere dann, wenn es sich um einen Gegner handelt, für welchen, nach den Grundsätzen der C.P.O., in Deutschland ein Gerichtsstand überhaupt nicht begründet ist? Wie steht es endlich mit den Einreden der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft? Daß dieselben, soweit die Gegenseitigkeit verbürgt ist, auf Grund ausländischer Rechtshängig-

keit und Rechtskraft in Deutschland zulässig sind, dürfte anerkannten Rechtens sein. Damit fiele aber eine in Gemäßheit des § 231 C.P.O. angestellte Klage in der Mehrzahl der Fälle ins Wasser.

Oder aber soll die Klage, gewissermaßen ein negatives Pendant zu der Feststellungsklage des § 134 Abs. 2 K.O., nur darauf gerichtet werden, die in Gemäßheit des § 134 Abs. 6 K.O. erfolgte Feststellung der angemeldeten Forderung im Konkurse aufzuheben? Und worauf sollte ein solches Begehren gestützt werden? wann sollte es zulässig sein, wann nicht? Diese Fassung des Klagantrags dürfte vielleicht die Bedenken wegen der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft beseitigen. Die Schwierigkeit wegen des Gerichtsstandes bleibt ungelöst und ebenso die Frage nach der Bedeutung, welche dem ausländischen Urtheil für den deutschen Richter in einem solchen Verfahren innewohnt. Letztere aber ist der Kernpunkt der ganzen Sache.

Gerade die hier bekämpfte Auslegung des § 134 Abs. 6 K.O. basirt auf einer völligen Gleichstellung außerdeutscher und deutscher Rechtssprüche für den Konkurs. Will man eine solche, so muß man auch ihre Konsequenzen wollen. Diese aber führen unausweichlich dahin, den Widerspruch auch gegen ausländische Endurtheile nur im Wege des ordentlichen Rechtsganges zuzulassen, d. h. in Gemäßheit des ausländischen Prozeßrechts vor dem ausländischen Richter. Die Gewährung einer nach Grundlage und Ziel gleich unklaren Klage gegen den außerdeutschen Rechtsspruch vor deutschen Gerichten würde ein Aufgeben der gleichen Behandlung desselben mit den deutschen Rechtssprüchen bedeuten und den durch das ausländische Urtheil verbrieften Rechtsanspruch, anstatt denselben, wie doch die Tendenz ist, besser zu stellen, weit größeren Gefahren aussetzen, als unsere Auslegung. Für die folgerichtige Betrachtung giebt es nur die eine Alternative: entweder § 134 Abs. 6 ist anwendbar: dann ist die Forderung, für welche ein ausländisches Endurtheil vorliegt, festgestellt so lange, bis dieses Urtheil durch den Rechtsspruch des allein zuständigen ausländischen Richters wieder aufgehoben ist; oder aber § 134 Abs. 6 ist nicht anwendbar: dann bedarf die Forderung, falls sie bestritten wird, der Feststellung.

Diese unabweisbare Konsequenz aber ist ein beweiskräftiges Argument gegen die Ausdehnung des § 134 Abs. 6 K.O. auf Rechtssprüche des Auslandes.

Es ist wiederholt dargelegt, daß, nach der der fraglichen Bestimmung der K.O. von Theorie und Praxis gegebenen Auslegung, der Wider=

sprechende, sei es nun der Konkursverwalter sei es ein Konkursgläubiger, befugt ist, den Rechtsstreit aufzunehmen und damit in denselben einzutreten. Der Widersprechende, ein Dritter, fungirt in dem Verfahren nicht als Dritter, sondern als Partei, als Beklagter oder als Kläger. Im Falle besonderer Klagerhebung ist dies völlig klar, während man den Eintrit in ein anhängiges Verfahren vielleicht als Nebenintervention auffassen könnte.

Diese Bestimmungen sind singulärer Natur; sie finden in materieller Beziehung, ein wenn auch entferntes Analogon in der sogen. Paulianischen Anfechtung gegenüber vollstreckbaren Judikaten (vgl. Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, insbes. § 6, ferner §§ 22 ff., insbes. § 28 K.O.), mit welcher sie den gesetzgeberischen Grund und Zweck und auch das gemeinsam haben, daß der handelnde Dritte nicht im Interesse des Schuldners, sondern im eignen Interesse, und nicht kraft eines Rechtes des Schuldners, sondern kraft eigenen Rechtes handelt.[1])

Es wird nicht bezweifelt werden können, daß die K.O., ein deutsches Reichsgesetz, derartige in das Prozeßrecht und in das materielle Civilrecht gleich tief eingreifende Vorschriften für Deutschland wirksam statuiren konnte.

Wie aber steht es mit dem Auslande?

Kann die deutsche K.O. verfügen, daß ein Dritter, der Verwalter oder ein Konkursgläubiger, in einen vor ausländischen Gerichten schwebenden Rechtsstreit, sei es als Partei, sei es selbst nur als Intervenient, eintreten darf? daß er vor ausländischen Gerichten Klagen erheben darf, für welche seine Aktivlegitimation nicht aus dem streitigen Rechtsverhältnisse selbst sich ergiebt, sondern einzig und allein auf positiver Norm der K.O. beruht?

Nun und nimmermehr.

Die Frage nach der Wirksamkeit und Bedeutung des deutschen Konkurses im Auslande kann zweiseitig geregelt werden oder auch einseitig. Zweiseitig im Wege der Vereinbarung zwischen Deutschland und dem betreffenden außerdeutschen Staate, also durch Staatsvertrag, einseitig nur durch die außerdeutsche, niemals durch die deutsche Gesetzgebung, welche als solche nur für Deutschland gilt. Am allerwenigsten kann der deutsche Gesetzgeber bindende prozeßrechtliche

[1]) Wenn es ein Gläubiger ist. Wenn es der Verwalter ist, handelt er sowohl im Interesse des Schuldners als der Konkursgläubiger, hauptsächlich und in erster Linie jedoch im Interesse der letzteren.

Normen irgend welcher Art für den ausländischen Richter erlassen. Jeder Richter wendet immer und überall nur sein eigenes Prozeßrecht an. Dies ist ein feststehender Grundsatz des öffentlichen Rechts aller civilisirten Nationen.

Die Schlußfolgerungen sind einfach.

Wenn unter den Endurtheilen des § 134 Abs. 6 K.O. auch die Endurtheile ausländischer Gerichte zu verstehen sind, so würde die K.O. damit sowohl dem Konkursverwalter als auch jedem Konkursgläubiger das Recht beilegen, letzteren Endurtheilen vor ausländischen Gerichten zu widersprechen oder genauer ausgedrückt: vor ausländischen Gerichten von den nach ausländischem Prozeßrecht gegen das ausländische Endurtheil offenstehenden Rechtsbehelfen Gebrauch zu machen. Eine solche Befugniß aber kann die K.O. den bezeichneten Personen nicht gewähren, weil sie damit in die Sphäre des ausländischen Gesetzgebers eingriffe und folgeweise ihre bezügliche Anordnung von dem ausländischen Richter nicht respektirt werden würde. Also entweder die K.O. hat etwas angeordnet, was anzuordnen außerhalb der Rechts- und Machtsphäre des deutschen Gesetzgebers liegt, oder aber das Endurtheil des § 134 Abs. 6 bedeutet lediglich ein deutsches Endurtheil und die Bestimmung ist auf außerdeutsche Endurtheile nicht anwendbar.

Es dürfte kaum zweifelhaft erscheinen, für welche dieser beiden Möglichkeiten man sich zu entscheiden hat.

Die Sache hat aber noch eine andere, mehr materielle Seite.

Nehmen wir einmal an, die K.O. habe die vorbezeichnete, rechtlich unmögliche Anordnung getroffen, und erwägen wir die dadurch geschaffene Sachlage in materieller Beziehung.

Die Sache liegt dann doch so: wenn wir von dem Falle des § 4 Abs. 2 K.O., daß vom Reichskanzler die Anwendung eines besonderen Vergeltungsrechts angeordnet worden, als nicht interessirend prinzipiell absehen, so führt das ausländische Endurtheil ohne Weiteres zur Feststellung; die Feststellung aber wird in der Tabelle vermerkt und hat die Berücksichtigung des Liquidanten bei allen Vertheilungen der Masse, sei es auch nur durch Reservirung event. Hinterlegung der auf ihn fallenden Quoten (§§ 155 Abs. 1, 156 K.O.), zur Folge; sie wirkt, falls der Gemeinschuldner die Forderung im Prüfungstermin nicht ausdrücklich bestritten hat, nach der Aufhebung des Konkursverfahrens als inländischer vollstreckbarer Titel gegen den Gemeinschuldner.

Auf den letzteren Umstand legen wir ein besonderes Gewicht nicht, weil der Gemeinschuldner diese Folge durch einfaches Bestreiten des Liquidats im Prüfungstermine abwenden kann, und weil ihm gegen diese Zwangsvollstreckung die ganze Schaar der in §§ 662 bis 701 C.P.O. abgehandelten Rechtsbehelfe und rechtlichen Garantien nach näherer Maßgabe der §§ 152, 179 K.O. zu Gebote steht.

Die Bedeutung der Frage konzentrirt sich demgemäß auf die Berücksichtigung der ipso jure als festgestellt geltenden Forderung im Konkurse.

Der Konkurs ist seiner inneren und äußeren Natur nach Zwangsvollstreckung, und zwar eine Zwangsvollstreckung eindringlichster, promptester, unbarmherzigster Art, welche, wenn nicht ein Zwangsvergleich dazwischen tritt, unaufhaltsam und schnellstens zur vollständigen Versilberung der gesammten Masse und zur Abführung des erzielten Erlöses an die Exekutionssucher, das sind die mit ihren Liquidaten zur Feststellung gelangten Liquidanten, führt.

Mithin hat die Feststellung im Konkurse, insofern sie den Liquidanten an den Vertheilungen der Masse bezw. des Massenerlöses partizipiren läßt, die Bedeutung eines inländischen vollstreckbaren Titels.

Demgemäß ist auch die auf Anordnung des Konkursrichters erfolgende Eintragung der Feststellung in der Tabelle ein Akt inländischer Jurisdiktion, gewissermaßen die Ertheilung einer Vollstreckungsklausel für den Konkurs, die Verleihung und Beurkundung eines sich im weiteren Verlaufe des Verfahrens sofort verwirklichenden Exekutionsanspruches auf die Masse.

Die unmittelbare Folge der Feststellung also ist Zwangsvollstreckung im Inlande. Diese Folge ist unausweichlich, trete sie auch zunächst nur in der milderen Form der §§ 155 Abs. 1, 156 K.O. auf. Das ausländische Urtheil würde mithin im Konkurse ohne Weiteres zur Zwangsvollstreckung in Deutschland führen. Dasselbe würde ohne Weiteres in die Konkursmasse vollstreckt. Eine Nachprüfung des deutschen Richters wäre ausgeschlossen oder doch auf den Umstand beschränkt, ob das fragliche Urtheil ein Endurtheil ist oder nicht. Die Nachprüfung des deutschen Richters wäre zudem, soweit die Vollziehung *in die Konkursmasse* in Frage steht, nicht nur zunächst, sondern, wie wir gesehen haben, *überhaupt* ausgeschlossen. Eine Anfechtung des vollstreckbaren Liquidats könnte nur vor dem fremden Richter stattfinden. Des letzteren Spruch würde,

wie zunächst, so auch für die Folge den Konkursrichter und sämmtliche Konkursinteressenten binden, nicht nur einstweilen, sondern endgültig. Ein Theil der Konkursmasse, des inländischen Zwangsvollstreckungsobjekts, würde so gut wie unmittelbar der Rechtsprechung des Auslandes, der fast direkten Verfügung des fremden Richters unterworfen, und zwar event. noch über die Aufhebung des Konkursverfahrens hinaus (§ 156 K.O.).

Wir meinen, dies ist unhaltbar, weil es mit den Vorschriften der §§ 660, 661 C.P.O. und den in diesen Paragraphen zum Ausdruck gelangten klaren und gewiß billigen Prinzipien des deutschen Rechts über die Vollstreckbarkeit fremder Urtheile in Deutschland in einem unlösbaren Widerspruche steht.

Nach §§ 660, 661 C.P.O. ist ein ausländisches Urtheil als solches in Deutschland überhaupt nicht vollstreckbar; es bedarf vielmehr behufs Herbeiführung der Zwangsvollstreckung aus einem ausländischen Urtheil alle Male eines sogen. Vollstreckungsurtheils des deutschen Richters, welches die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem ausländischen Urtheil in Deutschland ausspricht.

Diese formelle Seite des Prinzips erscheint nun freilich auch bei der hier bekämpften Auslegung der K.O. gewahrt; denn auch für jene Auslegung gelangt die ausländische Judikatforderung im inländischen Konkurse formell nicht auf Grund des ausländischen Urtheils, sondern auf Grund der Feststellung des deutschen Konkursrichters zur Hebung. Diese Feststellung vertritt im Konkurse gewissermaßen das Vollstreckungsurtheil, sie ist das konkursmäßige Vollstreckungsurtheil.

Desto gröblicher aber verstößt man bei der Ausdehnung des § 134 Abs. 6 K.O. auf die Judikate des Auslandes gegen die materielle Seite, den materiellen Inhalt des Prinzips der §§ 660, 661 C.P.O.

Diese §§ bestimmen nämlich weiter, daß der deutsche Richter zwar die Gesetzmäßigkeit des ausländischen Urtheils an sich nicht zu prüfen hat, machen jedoch den Erlaß des Vollstreckungsurtheils und damit materiell die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einem außerdeutschen Urtheile in Deutschland außerhalb des Konkursverfahrens von dem Vorhandensein fünf bestimmter Voraussetzungen abhängig, deren Prüfung und Feststellung dem deutschen Richter obliegt, seine Pflicht und sein Recht ist. Diese Voraussetzungen (von der einen, die hier nicht interessirt, § 661 Abs. II Nr. 2, sehen wir

ab) sind: Rechtskraft des ausländischen Urtheils nach ausländischem Recht; Zuständigkeit des ausländischen Richters nach deutschem Recht; verbürgte Gegenseitigkeit; bei einem Kontumazialurtheil, wenn der Beklagte ein Deutscher ist, Klagebehändigung.[2] Wenn nur eine dieser Voraussetzungen ermangelt, so wird das Vollstreckungsurtheil versagt, ist die Zwangsvollstreckung aus dem ausländischen Urtheil in Deutschland unzulässig.

Der Widerspruch dieser Bestimmungen mit der Ausdehnung des § 134 Abs. 6 K.O. auf ausländische Endurtheile liegt auf der Hand.

Der Konkurs des Schuldners würde hiernach die Folge haben, ausländische Urtheile in Deutschland zur Zwangsvollstreckung zu bringen, auch wenn die Voraussetzungen der §§ 660, 661 C.P.O. noch nicht durch Prüfung und Urtheil des deutschen Richters festgestellt sind, ja wenn dieselben überhaupt nicht vorliegen, endlich sogar dann, wenn der angerufene zuständige deutsche Richter nach erfolgter Prüfung das Fehlen dieser Voraussetzungen festgestellt und demgemäß das Vollstreckungsurtheil versagt und damit die Vollziehung des fremden Judikats in Deutschland verboten hat. Allerdings wäre diese Zwangsvollstreckung, wenn der Kridar, was in seiner Hand liegt, das Liquidat im Prüfungstermin bestreitet — wenn er nicht bestreitet, mag er die Folgen tragen —, lediglich auf die Konkursmasse beschränkt; der Konkursmasse gegenüber aber wäre sie, wie wir wissen, noch ganz besonders privilegirt, insofern ihr nur vor ausländischen Gerichten widersprochen werden könnte, natürlich nur von Jemandem, der nach dem Rechte des Auslandes dazu legitimirt ist.

Die hierdurch geschaffene Sachlage wäre in der That eine höchst merkwürdige.

Nehmen wir zunächst den bereits gedachten markantesten Fall. Der Gläubiger hat vor dem deutschen Richter auf Erlaß des Vollstreckungsurtheils geklagt und ist mit dieser Klage rechtskräftig abgewiesen, etwa weil nach deutschem Recht die Zuständigkeit des fremden Richters nicht begründet gewesen. Resignirt hat er es aufgeben müssen, das fremde Judikat in Deutschland vollstreckt zu sehen, und geht vielleicht bereits damit um, die Klage nunmehr vor dem nach unserem Rechte zuständigen Richter anzubringen. Da erscheint

[2]) Im Gesetz heißt es genauer: Zustellung der den Prozeß einleitenden Ladung oder Verfügung entweder im Staate des Prozeßgerichts in Person oder durch Gewährung der Rechtshülfe im Deutschen Reiche.

als Helfer in der Noth der Konkurs des Schuldners. Flugs legt der Gläubiger das Urtheil, welchem der zuständige deutsche Richter die verbindliche Kraft für Deutschland rechtskräftig abgesprochen hat, dem Konkursrichter vor, und dieser muß, nach § 134 Abs. 6 K.O., dasselbe ohne Weiteres für vollstreckbar erklären.

Oder setzen wir den Fall, die Klage auf Erlaß des Vollstreckungsurtheils wäre bei Ausbruch des Konkurses rechtshängig. Auch in diesem Falle würde der Konkurs als deus ex machina wirken. Alle Erörterungen über die Voraussetzungen des § 661 C.P.O. würden auf ein Mal überflüssig. Der Gläubiger ließe den Prozeß ruhig Prozeß sein, legte sein Urtheil vor, und die Sache wäre erledigt.

Noch krauser würde sich die Sache gestalten, wenn man in dem letztgedachten Falle nicht § 134 Abs. 6, sondern § 134 Abs. 3 K.O. zur Anwendung brächte und in diesem Falle, mit der Motivirung, daß bei der Konkurseröffnung ein Rechtsstreit über die Forderung im Inlande rechtshängig ist, in welchem ein Endurtheil noch nicht ergangen ist, dem Liquidanten auferlegte, im Falle des Bestreitens sein Liquidat durch Aufnahme des Rechtsstreits zur Feststellung zu bringen. Dann würde derjenige Gläubiger, der auf dem vom Gesetze gewiesenen Wege bereits auf Erlaß des Vollstreckungsurtheils klagbar geworden ist, prinzipiell schlechter stehen, als derjenige, der dies noch nicht gethan hat. Letzterer brauchte nur sein fremdes Urtheil, von ersterem würde die Beibringung eines deutschen erfordert.

Auch derjenige, der bereits ein Vollstreckungsurtheil erwirkt hat, thäte besser, nicht sowohl das deutsche Vollstreckungsurtheil, als vielmehr das fremde Urtheil, welches ihn besser gegen eine etwa beabsichtigte Widerspruchsverfolgung deckt, vorzulegen.

Man gelangt also zu Ungereimtheiten.

Diese Ungereimtheiten sind so frappant, daß sie jede Möglichkeit, die hier bekämpfte Auslegung aufrecht zu erhalten, schlechtweg beseitigen dürften.

Die richtige Lösung der Frage dürfte in §§ 660, 661 C.P.O. unverkennbar gegeben sein.

Ist man sich darüber klar, daß § 134 Abs. 6 K.O. Anwendung **nicht** finden darf, so hat der Liquidant im Falle des Widerspruches auf Feststellung des bestrittenen Liquidats zu klagen. Hierbei werden die Grundsätze der §§ 660, 661 C.P.O. zu beachten sein. Es wird mithin, in Gemäßheit der an sich anerkannten Verbindlichkeit des fremden Urtheils, von einer Nachprüfung der in der Sache selbst

ergangenen Entscheidung abzusehen sein. Die Prüfung und Feststellung des deutschen Richters wird sich vielmehr lediglich auf die Voraussetzungen des § 661 C.P.O. zu erstrecken haben. Liegen diese vor, so ist die ausländische Judikatforderung festzustellen, fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, so ist die Feststellung zu versagen. Zwar ist dies nirgends im Gesetze mit ausdrücklichen Worten gesagt. Es steht jedoch offenbar im Einklange mit dem die konkursmäßige Feststellung beherrschenden Grundgedanken des Gesetzes, wonach jede an sich nicht vollstreckbare Forderung im Falle eines Widerspruches vom Liquidanten zunächst vollstreckbar gemacht werden muß. Die einzige Ausnahme bilden unvollstreckbare Endurtheile. Daß diese Ausnahme nur auf deutsche Endurtheile zu beziehen ist, glauben wir erschöpfend dargelegt zu haben.

Damit wird auch eine Gleichmäßigkeit der Behandlung des ausländischen Urtheils in Deutschland innerhalb und außerhalb des Konkurses hergestellt, wie sie allein der Natur der Sache entsprechen dürfte. Es mangelt an jedem denkbaren Grunde, die in §§ 660, 661 C.P.O. grundlegend festgestellte rechtliche Bedeutung des fremden Judikats für Deutschland im Konkurse irgend zu verlassen, und es spricht sicherlich mehr als ein Grund dagegen, wenn man es will, es auf einem Wege zu thun, der die vorstehend skizzirten Konsequenzen zeitigt.

Daß derjenige Gläubiger, welcher bereits ein Vollstreckungsurtheil erwirkt hat, auf Grund desselben in Gemäßheit des § 134 Abs. 6 K.O. ohne Weiteres zur Feststellung gelangt, wird hiernach einer Ausführung ebensowenig bedürfen, wie daß derjenige, auf dessen Antrag bei Eröffnung des Konkursverfahrens ein Prozeß um das Vollstreckungsurtheil rechtshängig ist, einem etwaigen Widerspruche durch Aufnahme des Rechtsstreits nach § 134 Abs. 3 K.O. zu begegnen hat.

Werfen wir zum Schlusse noch einen kurzen Blick auf den Fall ausländischer Rechtshängigkeit der angemeldeten Forderung.

Nach dem Wortlaut des § 134 Abs. 3 müßte in diesem Falle der Liquidant einem Widerspruche gegenüber die Feststellung durch Aufnahme des Rechtsstreits betreiben.

Der vor einem ausländischen Gerichte anhängige Rechtsstreit kann nur vor diesem ausländischen Gerichte aufgenommen werden. Schon das ergiebt, daß der Gesetzgeber bei Formulirung des § 134 Abs. 3 an diesen Fall nicht gedacht hat. Ob der deutsche Konkurs

einen ausländischen Rechtsstreit überhaupt unterbricht, kann das deutsche Recht nicht bestimmen. Indem aber das Gesetz von einer Aufnahme spricht, denkt es offenbar an ein unterbrochen gewesenes Verfahren, an die in § 218 C.P.O. vorgesehene Wirkung des deutschen Konkurses auf deutsche Prozesse.

Die Aufnahme nach § 134 Abs. 3 hat ferner zu erfolgen gegen den bezw. die Bestreitenden. Diesen aber kann das deutsche Gesetz vor dem fremden Richter keine Legitimation schaffen. Die Aufnahme nach § 134 Abs. 3 K.O. ist also in dem in Rede stehenden Falle nicht möglich.

Wollte man aber hiervon absehen, so wirkt doch die Feststellung wie ein rechtskräftiges Urtheil gegenüber allen Konkursgläubigern (§§ 135, 133 Abs. 2 K.O.), und man käme demgemäß, wenn man dieselbe dem fremden Richter überließe, wiederum zu einer Abweichung von dem den fremden Urtheilen in §§ 660, 661 C.P.O. beigelegten Maße von Bedeutung in Deutschland.

Wir erachten aus allen diesen Gründen § 134 Abs. 3 K.O. auf den Fall ausländischer Rechtshängigkeit nicht für anwendbar.

Wir gestehen gern, daß man damit in eine gewisse Verlegenheit für diesen Fall geräth. Man hat eben offenbar bei der Formulirung des § 134 K.O. gar nicht an das Ausland gedacht, weder an ausländische Urtheile, noch an ausländische Prozesse, und wir schöpfen hieraus ein ferneres Argument für die in dieser Abhandlung vertretene Auffassung, daß § 134 Abs. 6 K.O. auf ausländische Urtheile nicht auszudehnen ist. Ein Ausweg muß aber geschaffen werden, und als solcher dürfte in diesem einen Ausnahmefalle die vollständige Ignorirung des fremden Rechtsstreits sich empfehlen.

Wir brauchen kaum hervorzuheben, daß wir den gleichen Ausweg für fremde Urtheile nicht für zulässig halten, weil darin eine Verkümmerung ihrer in §§ 660, 661 C.P.O. anerkannten Bedeutung liegen würde.

Man hat auch dies versucht, wenigstens ist uns ein Fall bekannt, in welchem der bestreitende Verwalter als Beklagter im Prozesse bemängelte, daß der Liquidant die Judikatforderung angemeldet habe; derselbe habe auf die zu Grunde liegende Obligation zurückgehen müssen. Der beklagte Verwalter berief sich hierfür auf die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 16 S. 427 ff., wonach ein ausländisches Urtheil in Deutschland nur im Wege der Klage auf Vollstreckungsurtheil geltend gemacht werden dürfe; das Reichsgericht

selbst führe aus, daß eine Judikatklage nicht zulässig sei; dasselbe müsse von der Anmeldung im Konkurse gelten.

Wir halten vorweg die bezügliche Ausführung des Reichsgerichts nicht für überzeugend. Derselbe Senat hat Bd. 8 S. 385 ff. diese enge Auffassung noch nicht gehabt, und die Gründe, welche er für dieselbe anführt, erscheinen wenig gehaltvoll.

Im Uebrigen ist die Anmeldung einer Judikatforderung keine Judikatklage, sondern der nach §§ 10, 127 K.O. ausschließlich zulässige Weg der Geltendmachung der Judikatforderung im Konkurse. Das Gleiche gilt von der gegen einen Widerspruch gerichteten Feststellungsklage. Letztere entspricht der Klage auf Erlaß des Vollstreckungsurtheils außerhalb des Konkurses und ist nicht mehr und nicht weniger Judikatklage als diese, welche im Konkursverfahren außer Frage steht. Aus letzterem Umstande aber den Schluß ziehen zu wollen, daß das fremde Judikat als solches im Konkurse gar keine Berücksichtigung heischen dürfe, das rechtfertigt sich aus §§ 660, 661 C.P.O. und deren allgemein, auch vom Reichsgericht (Bd. 8 S. 385 ff.), anerkannter Tragweite sicherlich am allerwenigsten.

Beiträge zur Erläuterung und Würdigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

6.

Reichsrecht und Landesrecht.

Von Herrn Rechtsanwalt Dr. Ludwig Fuld in Mainz.

Der Zug zu kraftvoller einheitlicher Rechtsentwicklung, welcher in den Flitterjahren des deutschen Reiches die Gesetzgebung so deutlich kennzeichnete und es bewirkte, daß mit dem Landesrecht in so erheblichem Maße aufgeräumt wurde, hat schon seit geraumer Zeit die frühere Energie zum Theile eingebüßt, und dem Streben Platz gemacht, den sogenanten berechtigten Eigenthümlichkeiten der Bundesstaaten den weitesten Spielraum zu lassen. Der Unitarismus ist in unserer Rechtsentwicklung zurückgedrängt und der Partikularismus wieder in den Vordergrund getreten. Auf den verschiedensten Gebieten der Rechtsgesetzgebung müssen wir leider diese That-

sache konstatiren; der Versuch, welcher auf strafprozessualischem Gebiete vor mehreren Jahren gemacht wurde, um bezüglich der Vorschriften über die Leistung des Zeugeneides das Reichsgebiet in zwei Theile zu zerreißen, ist noch in Aller Erinnerung, in die sozialpolitische Gesetzgebung, unsern Stolz, hat der Geist des Partikularismus seinen Einzug gehalten und die Errichtung von Landesversicherungsämtern durchzusetzen gewußt, welche die einheitlichen Normen in verschiedenster Weise auslegen; die Vorlage über die Regelung der Alters- und Invalidenversicherung ist durch die Berücksichtigung partikularistischer Rechtsgedanken so entstellt worden, daß eine einheitliche Ordnung dieser Materie eigentlich nicht mehr existirt. Der gefährliche Einfluß des Partikularismus begnügt sich aber hiermit noch nicht, sondern scheint sich auch bei der Kodifikation des bürgerlichen Rechtes in verhängnißvoller Weise bemerkbar machen zu wollen: aus dem Entwurfe des Einführungsgesetzes geht zur Genüge hervor, daß, wenn dem Landesrechte der Umfang gewahrt bleibt, der für dasselbe bis jetzt in Aussicht genommen ist, von einer Rechtseinheit auf privatrechtlichem Gebiete nur unter völliger Verdrehung des hergebrachten Begriffes gesprochen werden kann. Es ist nun nicht nur für die zukünftige Entwicklung des deutschen Rechtes von höchster Bedeutung, daß dem Reichsrechte die Ausdehnung auf solche Gebiete nicht ein für allemal verschlossen wird, welche einer einheitlichen Normirung unterstellt werden müssen, sondern auch im Interesse der Erstarkung des Nationalstaates muß mit allen Kräften darnach gestrebt werden, daß die Rechtseinheit so weit erstreckt werde, wie es nur immer möglich ist, ohne die wirthschaftlichen und kulturellen Verhältnisse zu schädigen, und es dürfte deshalb geboten sein, das Verhältniß, das zwischen Reichs- und Landesrecht inhaltlich des Entwurfes des Einführungsgesetzes besteht, einer kritischen Betrachtung zu unterwerfen.

In § 32 des Entwurfes des E.G. wird bestimmt, daß das gesammte landesrechtliche Privatrecht, soweit nicht in dem bürgerlichen Gesetzbuche oder in dem Einführungsgesetze selbst seine Aufrechterhaltung vorgesehen ist, außer Kraft tritt. Durch die folgenden Vorschriften wird jedoch die praktische Bedeutung dieses Grundsatzes in dem größten Maße eingeschränkt und die Anzahl der Materien, welche hiernach der landesgesetzlichen Regelung überwiesen bleiben sollen, ist eine überaus große; es wird nicht nur das geltende Landesrecht aufrecht erhalten, sondern der Landesgesetzgebung auch die Be-

fugniß verliehen, neue Vorschriften in Betreff derselben zu erlassen. Der reichsgesetzlichen Ordnung werden somit diese Materien zwar nicht endgültig, aber doch für eine unabsehbare, jedenfalls überaus lange Zeit entzogen und jeder zukünftigen Normirung privatrechtlicher Gegenstände gewichtige Hindernisse bereitet. Hält es jetzt schon schwer, die mannigfaltigen Rechte Deutschlands zu einem Ganzen zu verarbeiten, so wird dies noch weit schwieriger sein, wenn die Landesgesetzgebung erst neue Vorschriften erläßt; man wird dies wohl ins Auge zu fassen haben, und, bevor man eine Materie von dem Rahmen der reichsrechtlichen Kodifikation ausscheidet, die Frage doppelt und dreifach prüfen, ob dies denn wirklich nothwendig ist!

Daß die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs auf die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie die Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern nur insoweit Anwendung finden sollen, als nicht durch Landesgesetze oder Hausverfassungen eine abweichende Normirung bestimmt ist, entspricht der staatsrechtlichen Stellung, welche die souveränen Familien in Deutschland einnehmen; hierbei möchte jedoch der Wunsch berechtigt erscheinen, daß die Abweichungen der Hausgesetze auf das möglichst geringe Maß beschränkt werden, auch wäre es wohl angezeigt, die privatrechtlichen Bestimmungen derselben einer Revision mit Rücksicht auf die neue Kodifikation zu unterziehen. Unmittelbar nach der Aufrechterhaltung der Hausgesetze enthält das E.G. eine Vorschrift, wonach die für die Güter und Rechtsverhältnisse der Reichsunmittelbaren und des alten Reichsadels geltenden Bestimmungen der Hausgesetze und Landesgesetze neben dem bürgerlichen Gesetzbuche in Geltung bleiben. Wie die Motive zu §§ 1 und 2 des Entw. des B.G.B. richtig ausführen,[1]) hat das Reich nicht die Verpflichtung des früheren Staatenbundes übernommen, die Sonderrechte der ehemals souveränen Häuser nicht anzutasten; auch die Verpflichtung der Einzelstaaten hierzu ist fortgefallen, was uns Mecke nicht scharf genug hervorgehoben zu haben scheint.[2])

Die Motive führen aber aus, daß im öffentlichen Interesse es geboten sei, dem hohen Adel sein Sonderrecht zu belassen. Wie wohl sich Manches hiergegen sagen ließe und wie wohl die Begeisterung der mediatisirten Familien für das neue Reich nicht gerade

[1]) Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich, Bd. I S. 12, 13.

[2]) Vgl. Gutachten aus dem Anwaltstande, Heft I S. 6 (Berlin, Moser 1888).

selten Vieles zu wünschen übrig läßt — um von anderm abzusehen erinnern wir daran, daß ein Theil der Mediatisirten es immer noch vorzieht, seine Söhne in der österreichischen, also einer ausländischen Armee dienen zu lassen, und nicht in der deutschen — so anerkennen wir doch gerne, daß eine Aufhebung der Sonderrechte derselben zur Zeit nicht nur unzweckmäßig, sondern im höchsten Grade unpolitisch wäre; für alle Zeiten wird der hohe Adel auch nicht im Besitze seines Sonderrechtes bleiben, allein es kann nicht empfohlen werden, den Ausgleichungsprozeß, der sich ja mit Naturnothwendigkeit vollziehen wird und muß, in revolutionärer, ungestümer Weise zu beschleunigen. Bei der geringen Zahl der dem hohen Adel angehörigen Familien ist auch nicht zu befürchten, daß die Rechtseinheit durch das Fortbestehen seines Ständerechtes gefährdet werde.

Anders verhält es sich mit dem Sonderrecht der alten Reichsritterschaft; auch zu Gunsten ihrer Rechtsverhältnisse einen Vorbehalt für das Partikularrecht zu machen, ist unseres Erachtens unbegründet. Daß ein öffentliches Interesse hierfür spricht, vermögen wir nicht einzusehen; wenn die Reichsgesetzgebung das absterbende Institut der Stammgüter — auf die Familienfideikommißfrage ist nachher einzugehen — aufrecht erhält, so ist damit wahrlich Alles geschehen, was billigerweise verlangt werden kann, und jedes weitere Zugeständniß scheint uns des Berechtigungsnachweises durchaus zu entbehren.

Aufrecht erhalten bleibt demnächst das Stammguts-, Lehen- und Familienfideikommißrecht; bezüglich der beiden ersten Rechtsinstitute bedarf der Vorschlag keiner Rechtfertigung, hingegen fragt es sich allerdings, ob nicht in Ansehung der Familienfideikommisse das Gesetzbuch der viel umstrittenen Frage, ob dieselben zu dulden oder zu verbieten sind, etwas näher treten sollte? Es kann nicht unsere Absicht sein, die wesentlich vom Standpunkte der Volkswirthschaft und Agrarpolitik zu erörternde und zu entscheidende Frage hier zum Gegenstande einer eingehenden Darstellung machen zu wollen; wir sind der Ansicht, welche auch von hervorragenden, konservativ gesinnten Agrarpolitikern der Gegenwart, z. B. von Miaskowski vertreten wird, daß der fideikommissarisch gebundene Boden in verschiedenen Theilen Deutschlands zur Zeit einen Umfang besitzt, welcher der Kultur und Volkswirthschaft schädlich ist, der vor Allem der Erhaltung eines leistungsfähigen Bauernstandes bezw. der Vermehrung desselben hindernd im Wege steht, wir sind der

Ansicht, daß der Prozeß der Latifundienbildung in Deutschland bemerkenswerthe Fortschritte gemacht hat und das Latifundienwesen in einigen Theilen des Reiches einen Antheil des in Kultur befindlichen Grund und Bodens für sich beansprucht, welcher die ernsten Bedenken des Sozialpolitikers wachrufen muß. Die Anhäufung eines großen Grundbesitzes in einer Hand entspricht unserer Auffassung nach überhaupt nicht den Bedürfnissen der Zeit; der Staat hat in unsern Tagen nicht die Aufgabe, die Konzentration des Grundeigenthums zu begünstigen, vielmehr obliegt ihm die Pflicht, mit allen zulässigen Mitteln, die Vermehrung der Zahl mittlerer und kleiner Grundbesitzer zu befördern, und von diesem Standpunkte aus scheint uns das prinzipielle Verbot der Familienfideikommisse wünschenswerth. Da wir aber nicht verkennen, daß in manchen Theilen des Reiches die Verhältnisse so liegen, daß die fideikommissarische Festlegung des Grundeigenthums nicht nachtheilig wirkt, so dürfte durch das Einführungsgesetz den Landesgesetzen die Abweichung hiervon zu gestatten sein. Glaubt man aber bis zu einem grundsätzlichen Verbote der Fideikommisse nicht gehen zu dürfen, so wäre doch mindestens durch die bürgerliche Gesetzgebung für eine Erschwerung der Voraussetzungen zu sorgen, unter welchen die Errichtung zulässig erscheint, denn vielfach sind dieselben bei Weitem nicht scharf genug formulirt, um einer unerwünschten Vermehrung der Fideikommisse entgegen zu wirken; den Landesgesetzen in dieser Beziehung völlig freie Hand zu lassen, kann durch wirthschaftliche Gründe schwerlich gerechtfertigt werden.

Die Entscheidung, welche in Ansehung der Fideikommisse zu fällen ist, wird auch von Bedeutung für die Frage sein, ob die Normirung der verbotswidrigen Veräußerungen den Landesgesetzgebungen zu überlassen ist, doch scheint uns, daß dieser Gegenstand sich für die gemeinschaftliche Behandlung in weit geringerem Maße eignet als das Fideikommissarrecht.

Ganz entschieden, muß dagegen Einspruch erhoben werden, daß die großen Materien des Wasser- und Bergrechts der Landesgesetzgebung zur Regelung überwiesen werden; was das Bergrecht anlangt, so stimmen schon heute die im deutschen Reiche geltenden, zumeist unter Anlehnung an das preußische Berggesetz erlassenen neuern Gesetze in Ansehung der materiellrechtlichen Fragen so vielfach unter einander überein, daß eine gemeinsame Ordnung dieses Theiles gewiß nicht auf allzu große Schwierigkeiten stößt; nun wird

allerdings in den Motiven des Entwurfes des B.G.B. geltend gemacht, daß das Bergrecht aus öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Vorschriften zusammengesetzt sei, unter welchen die ersteren das Uebergewicht hätten, während ihre Ausscheidung das richtige Verständniß erheblich erschweren würde. Allein dieser Grund dürfte schwerlich ein entscheidendes Gewicht zu beanspruchen haben; die Uebersichtlichkeit mag ja durch ein Auseinanderreißen des Stoffes in zwei Theile beeinträchtigt werden, auf die ersprießliche Regelung der Materie selbst hat diese äußerliche Trennung hingegen mit Nichten Einfluß und um so weniger vermögen wir den Ausführungen der Motive beizutreten, als zwischen dem privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Theile des Bergrechts ein innerer Zusammenhang überhaupt nicht besteht, und nur Zweckmäßigkeitsgründe die Landesgesetzgebung bewogen haben, beide in einem Gesetze zusammen zu fassen. Daß geschichtlich der öffentlich-rechtliche Theil von dem privatrechtlichen nicht getrennt war, beweist gleichfalls gegen den gemachten Vorschlag nichts. Anderseits kann nicht bezweifelt werden, daß der Gegenstand der bergrechtlichen Satzungen, die Erwerbung der in dem Schoße der Erde befindlichen bergmännischen Fossilien, eine Art des Eigenthumserwerbes durch Zueignung ist, und deshalb wie diese für das ganze Reich in einheitlicher Weise geregelt werden sollte. Mit der Vertretung dieses Standpunktes ist durchaus nicht nothwendig die Forderung verbunden, daß das Bergrecht, soweit es hiernach in den Bereich der reichsrechtlichen Kodifikation fällt, auch in das bürgerliche Gesetzbuch Aufnahme finden soll, im Gegentheil, zur Vermeidung einer Ueberladung des Gesetzbuches wäre es empfehlenswerth, wenn diese Materie durch ein besonderes Gesetz normirt würde, wie dies ja auch in Frankreich der Fall ist; dasselbe möchten wir auch bezüglich verschiedener anderer Materien, die in dem Einführungsgesetze dem Landesrechte vorbehalten sind, vorschlagen.

Das soeben Gesagte gilt auch für das Wasser-, Forst-, Jagd- und Fischereirecht, wobei wir nur das Deich- und Sielrecht, weil dasselbe nur lokale Bedeutung besitzt, von der Ordnung durch das Reichsgesetz ausnehmen. Auch bei diesen Materien berühren öffentliches und Privatrecht in den Landesgesetzen einander, und die varia causarum figura, welche in Ansehung des dafür geltenden Rechtes vorhanden ist, bietet zweifellos der einheitlichen Zusammenfassung überaus große Schwierigkeiten; gleichwohl kann aber auf sie nicht verzichtet werden und wir

meinen, daß vor Allem der privatrechtliche Theil des Wasserrechtes nicht von dem Umfange der Kodifikation ausgeschlossen werden sollte.

Auch für die Ueberlassung des Zwangsenteignungsrechtes an die Landesgesetzgebung machen die Motive den Zusammenhang mit dem öffentlichen Rechte, namentlich aber mit dem Verfahren geltend; wenn nun auch zuzugeben ist, daß das Verfahren bei der Enteignung eine große Wichtigkeit besitzt und in einem das materielle Recht behandelnden Gesetzbuche keinen Platz finden kann, so ist dies doch gewiß kein Hinderungsgrund, den materiellrechtlichen Theil des Enteignungsrechtes, also vor Allem die Voraussetzungen, unter welchen enteignet werden darf, und die leitenden Grundsätze über die Entschädigung reichsgesetzlich zu ordnen; übrigens vermögen wir nicht einzusehen, weshalb die Grundzüge des Verfahrens nicht reichsrechtlich sollten zu ordnen sein. Daß die Behörden, welche zunächst über die Enteignung entscheiden, in dem einen Bundesstaat diesen, in dem andern jenen Namen führen, bildet doch keinen ernsthaften Hinderungsgrund. Ist es vielleicht für die Anwendung der sozialpolitischen Gesetze ein Nachtheil, daß mit der Erledigung derselben Frage in Preußen die Landräthe, in Elsaß-Lothringen die Kreisdirektionen und in Bayern die Distriktsverwaltungsbehörden betraut sind? Die Regelung dieser Materie ließe sich sogar durchführen, ohne daß, was den materiellrechtlichen Theil betrifft, die Ausarbeitung eines besondern Gesetzes erforderlich wäre; das geltende preußische Enteignungsgesetz ist so trefflich und hat sich so vorzüglich bewährt, daß seine Uebertragung auf das Reich vollen Beifall verdiente, namentlich auch um deswillen, weil die Gesetzgebung verschiedener deutscher Bundesstaaten seine Bestimmungen in gewissem Umfange nachgeahmt hat; durch die im Laufe des letzten Jahrzehntes erlassenen Gesetze ist auch in dem Enteignungsrechte der verschiedenen Bundesstaaten eine gewisse Ausgleichung angebahnt worden, und wir können daher mit Zuversicht behaupten, daß die Kodifikation dieser Materie sich leichter bewerkstelligen läßt, als die mancher anderer. Wenn es nun schon mit Rücksicht auf die soziale Bedeutung des Enteignungsrechtes von großem Werth ist, daß dasselbe für ganz Deutschland in gleichheitlicher Weise geordnet ist, so erscheint dieses Ziel ganz besonders um deswillen wünschenswerth, weil das Reich selbst schon bislang von dem Enteignungsrechte in zahlreichen Fällen Gebrauch gemacht hat und in Zukunft wohl noch in zahlreicheren Gebrauch machen wird; im Grunde genommen ist es ein

eigenthümliches Verhältniß, daß das Reich, wenn es in diesem oder jenem Bundesstaate Gelände für Schießstände oder Kasernenbauten erwerben will, sich nicht auf ein eignes Enteignungsrecht, sondern nur auf dasjenige des betreffenden Staates berufen kann.

Daß das Jagd- und Forstrecht privatrechtlichen Inhaltes gleichfalls nicht der Landesgesetzgebung zu überlassen ist, wurde schon bemerkt; hierbei ist noch hervorzuheben, daß namentlich die Wildschadensersatzfrage mit Nothwendigkeit durch Reichsgesetz ihre Lösung finden muß, wie dies auch der achtzehnte deutsche Juristentag einstimmig beschlossen hat; nicht nur um deswillen ist an diesem Verlangen festzuhalten, weil es sich hier um eine rein privatrechtliche Frage handelt, sondern auch namentlich mit Rücksicht auf die Forderungen der Gerechtigkeit. Zur Zeit weist der Rechtszustand im Deutschen Reiche, welcher bezüglich dieser Frage besteht, ein recht wenig befriedigendes Bild auf; vielfach, so in den altpreußischen Provinzen, in Nassau, Braunschweig, Sachsen-Weimar, in Baden, Württemberg und einigen anderen Staaten ist der Ersatz für Wildschaden gänzlich ausgeschlossen, in andern läßt ihn die Gesetzgebung nur in beschränktem Maße zu; die Ueberzeugung hat sich aber seither immer mehr Bahn gebrochen, daß nunmehr dem Grundbesitzer, insbesondere dem kleinen, die Möglichkeit gewährt werden muß, sich wegen der Verwüstungen seines Gebietes durch fremdes Wild schadlos halten zu können, und das Reich darf sich der Pflicht nicht entziehen, zum Schutze des Eigenthumsrechtes aller seiner Unterthanen dafür Sorge zu tragen, daß allenthalben diesem Postulate der Gerechtigkeit und Billigkeit Genüge geschehe; es wäre ein schwerer Mißgriff, wenn man auch hier von einer Beseitigung des partikulären Rechtes Abstand nehmen wollte.

Für sehr erwünscht halten wir auch die einheitliche Regelung der Zwangs- und Bannrechte und der Realgewerbeberechtigungen, indessen ist die praktische Bedeutung dieses Vorbehaltes nicht so groß, daß man denselben zu einem Gegenstande ernstlicher Meinungsverschiedenheiten zu machen befugt wäre.

Von den übrigen Materien, welche der Entwurf dem Landesrechte überweist, scheinen uns die folgenden unbedingt in den Kreis der Reichsgesetzgebung einbezogen werden zu müssen: die Vorschriften über die Bildung juristischer Personen, der Erwerb und Verlust der Körperschaftsrechte, die Haftpflicht des Staates, der Gemeinden und sonstigen öffentlichen Ver-

bände für den von ihren Beamten zugefügten Schaden, das Anerbenrecht und die nichtstreitige Gerichtsbarkeit. Wenn schon in Ansehung aller die gemeinschaftliche Ordnung nothwendig ist, so muß doch mit besonderem Nachdrucke darauf bestanden werden, daß das Gesetzbuch Bestimmungen über den Erwerb und Verlust der Körperschaftsrechte auf der Grundlage des Grundsatzes der freien Körperschaftsbildung aufnimmt, wie dies der neunzehnte deutsche Juristentag einstimmig verlangt hat. Mit nicht geringerem Nachdrucke ist aber an der Forderung bezüglich der Regelung der Haftpflicht des Staates und der übrigen öffentlichen Korporationen für die Handlungen ihrer Beamten festzuhalten.

Zweimal hat sich der deutsche Juristentag dafür ausgesprochen, daß das bürgerliche Recht die Haftpflicht des Staates und der anderen Korporationen des öffentlichen Rechtes in dieser Hinsicht anerkenne; das zur Zeit in Deutschland geltende Recht entspricht aber dieser Forderung nur in sehr geringem Maße, und wenn man unter dem politischen und staatsbürgerlichen Gesichtspunkte den bestehenden deutschen Rechtszustand mit dem englischen vergleicht, wird man vorbehaltslos anerkennen müssen, daß jener ein sehr unbefriedigender genannt werden muß. Es ist die höchste Zeit, daß das deutsche Reich dem Deutschen ein Recht verleiht, sich an den Staat zur Erlangung einer Entschädigung zu halten, falls er durch eine rechtswidrige Handlung eines Beamten desselben Schaden erlitten hat. Wenn die Motive hiergegen wiederum den engen Zusammenhang dieser Materie mit dem öffentlichen Rechte der Einzelstaaten geltend machen, so meinen wir doch, daß die Rücksicht auf das den Landesgesetzgebungen verbleibende öffentliche Recht unmöglich soweit gehen kann, die Normirung einer reinprivatrechtlichen Verpflichtung von dem Inhalte der Kodifikation auszuschließen.

Die Reihe der Materien, welche reichsgesetzlich geregelt werden sollen und müssen, ist hiermit durchaus noch nicht geschlossen, noch manche wird in dem Einführungsgesetze den Landesgesetzgebungen überwiesen, bezüglich deren Gründe gewichtigster Art die einheitliche Normirung für das ganze Reichsgebiet verlangen. Wir lassen es aber an dem Vorstehenden um so mehr genug sein, als die wichtigsten Rechtsstoffe darin wohl genannt sind. Für absolut unmöglich erachten wir es, daß das Einführungsgesetz in der Form des Entwurfes Gesetzeskraft erhalte und damit der Zustand der Rechtsverschiedenheit in großem Umfange auf unabsehbare Zeit hinaus perpetuirt

werde; denn damit wäre der unitarischen Rechtsentwicklung ein Schlag zugefügt, von dem sie sich nur langsam und schwer erholen würde. Der Verfasser hat seit der Veröffentlichung des Entwurfes wiederholt darauf aufmerksam gemacht, daß die nationale Bedeutung des neuen Gesetzbuches so groß und so weitreichend ist, daß um ihretwillen auch Mängel und Unvollkommenheiten im Einzelnen mit in den Kauf genommen werden müßten, er hat wiederholt betont, daß die Herstellung der deutschen Rechtseinheit ein so hohes Gut ist, daß sein Besitz für viele unerfüllte und an sich wohlberechtigte Wünsche und Forderungen entschädigen müsse, deren Erfüllung man von einem bürgerlichen Gesetzbuche des neuen deutschen Reiches erwarten durfte! Wenn nun aber der Umfang, in welchem der Landesgesetzgebung freier Spielraum gelassen wird, ein solch' erheblicher ist, daß von der Verwirklichung des Ideals der Rechtseinheit kaum noch die Rede sein kann, dann gewinnen die Ausstellungen und Bedenken doch wahrlich eine ganz andere Bedeutung, dann fragt es sich ernsthaft, ob auch jetzt noch der nationale Werth der Kodifikation so hoch in Anschlag zu bringen ist, daß er jene überwiegt?

Für den Verfasser unterliegt es keinem Bedenken, daß diese Frage auch jetzt noch zu bejahen ist, denn er ist der Ansicht, daß man das Gute nehmen muß, wenn man das Bessere nicht erreichen kann, allein es darf nicht verkannt werden, daß die gegentheilige Auffassung in beachtenswerthem Umfange Vertretung findet und jedenfalls die Freude an dem neuen Gesetzbuche eine sehr gedämpfte wäre, wenn das Landesrecht neben dem Reichsrecht in dem vorgeschlagenen Maße fortbestehen würde!

Dem Kampfe zwischen Partikularismus und Unitarismus, welcher unsere politische Geschichte durchzieht, entspricht der Kampf zwischen Reichsrecht und Landesrecht in der Rechtsgeschichte. Jahrhunderte lang hatte das Landesrecht die Oberhand, in dem schwachen Staate, den man das heilige römische Reich deutscher Nation nannte, dem degenerirten Einheitsstaate, der nicht leben noch sterben konnte, war es schließlich so weit gekommen, daß des Reiches Satzungen nur den Karakter eines subsidiären Rechtes besaßen. Willkühr bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Reichsrecht, so lautete die Rechtsparömie in jener Zeit, in welcher die zentrifugalen Kräfte so viel stärker waren als die zentripetalen. Erst mit der Wiedererrichtung des deutschen Nationalstaates wurde es anders; die Verfassung des neuen Reiches schrieb vor, daß das Reichsrecht

dem Landesrecht unbedingt vorgehe, und getreu diesem Gedanken wurde in den ersten Jahren, welche der Aufrichtung des deutschen Kaiserthums folgten, das Landesrecht massenhaft beseitigt. Es kann und darf nicht sein, daß bei der Neugestaltung des bürgerlichen Rechtes ein Rückfall in die früheren Zeiten eintritt, es kann und darf nicht geduldet werden, daß bei der größten Rechtsreform, die Deutschland seit Jahrhunderten erlebt hat, das Landesrecht wieder in die Lage komme, dem Reichsrechte seine Hegemonie zu bestreiten. Haben wir es glücklich dahin gebracht, daß auf politischem Felde der Sieg dem Unitarismus verblieb, so muß auch auf rechtlichem darnach gestrebt werden, daß dem Reichsrecht die Stellung werde, die ihm zukommt, und deshalb ist die Forderung aufzustellen, daß das Einführungsgesetz gründlich in der Richtung umgearbeitet werde, daß die weitgehenden Vorbehalte zu Gunsten des Landesrechtes verschwinden und auch auf dem Gebiete der Rechtsgesetzgebung offenbar wird, daß die Zeit des Triumphes der Zentrifugalkraft vorüber ist und die Zukunft der Zentripetalkraft gehört, d. h. dem Reichsrecht.

7.

Die Konventionalstrafe nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Von Herrn Landrichter Sprenger in Bückeburg.

Die nachfolgend versuchte Darstellung der Lehre von der Konventionalstrafe nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, welche vorzugsweise an das gemeine Recht anknüpft, zur Vergleichung auch die einschlagenden Hauptbestimmungen des preußischen Allgemeinen Landrechts und des code civile anführt, bezweckt, etwas dazu beizutragen, daß der erhoffte Uebergang von dem bisherigen Rechte zu dem eines deutschen Gesetzbuchs auch auf dem Gebiete dieses seit den Zeiten der Römer bis auf unsere Tage praktisch und beliebt gewesenen Rechtsinstituts thunlichst erleichtert werde. Die wesentlichsten Grundprinzipien desselben beruhen auf dem römischen Rechte, aber deutscher Scharfsinn und Gelehrtenfleiß haben einen wesentlichen Antheil an einer wissenschaftlichen Durcharbeitung des Instituts. Die dadurch beförderte gesunde Fortentwickelung desselben ist auch dem Gesetzentwurf zu Gute gekommen.

I. Begriffsbestimmung.

Die Konventionalstrafe oder Vertragsstrafe[1]) wird meistens dahin definirt, daß sie die Verpflichtung einer Partei sei, im Falle eines gewissen Thuns oder Lassens ihrem Paziszenten etwas als Strafe zu zahlen. Die Zwecke, denen das Institut dient, werden herkömmlich nicht mit in die Definition aufgenommen. Der Gebrauch der Konventionalstrafe ist aber im eminenten Sinne ein Zweckinstitut. Die von demselben umfaßten Rechtsverhältnisse und Rechtssätze hängen auf's engste mit den Zwecken zusammen, denen es dient und seine Entstehung verdankt.

II. Zwecke und juristische Konstruktionen des Rechtsinstituts.

1. Standpunkt des ältern deutschen Rechts.

Daß das ältere deutsche Recht als einzigen und Hauptzweck der Konventionalstrafe die Sicherung der Hauptverbindlichkeit, nicht die Fixirung des Interesse ansah, möchte daraus hervorgehen, daß im frühern Mittelalter Pönalstipulationen als Strafleistung nicht die Zusage von Geld oder Geldeswerth, vielmehr meist das Versprechen des sog. Einreitens zu enthalten pflegten, wonach der Schuldner, der den Zahlungstag nicht einhielt, gehalten war, sich an dem für diesen Tag bestimmten Orte persönlich (gleichsam in freiwillige Haft) zu stellen und denselben vor geleisteter Zahlung nicht zu verlassen. Erst die R.Pol.O. von 1577 Tit. 17 §§ 10 u. 11 entzog diesem Sicherungsmittel seine Kraft.[2])

2. Standpunkt des gemeinen Rechts.

A. Doppelzweck.

Im gemeinen Recht hat sich das Institut der Konventionalstrafe auf Grund eines doppelten Zwecks quellenmäßig entwickelt. Dieselbe bezweckt danach a) ein Kompelle, nämlich Bestärkung und Erfüllung des Hauptvertrags, b) Sicherung und Fixirung des Interesse.

---

[1]) Diesen ganz zutreffenden deutschen Ausdruck hat die K.O. im § 55 gewählt, wo bestimmt wird, daß die Vertragsstrafen gleich den bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens dem Gläubiger erwachsenen Zinsen und Kosten mit der Kapitalsforderung an derselben Stelle angesetzt werden sollen. Der römische Ausdruck ist stipulatio poenae oder stipulationis poena.

[2]) Sachsensp. Bd. 2 Art. 11; Zöpfl Rechtsgesch. Bd. 2 § 124 Note 27; Eichhorn d. Prt. § 125; Bluntschli d. Prt. § 115 unter 5.

a) Kompelle.

Die erste Funktion der Vertragsstrafe, als Bestärkung des Vertrags und Zwangsmittel gegen den Schuldner zu dienen, ist eine präventive. Wer sich eine Konventionalstrafe versprechen läßt, will zunächst nicht, daß sein Mitkontrahent eine Strafe zahle, seine Prinzipalintention geht vielmehr zuvörderst dahin, daß derselbe die Hauptobligation erfülle; erst wenn sich herausstellt, daß der Schuldner nicht erfüllt, hat der Gläubiger Veranlassung, auf Strafzahlung zu dringen. Diesen präventiven Zweck drückt die const. I. Cod. 2, 56 dahin aus: „Poena promittitur, ut metu ejus a placitis non recedatur."

Die zum Zwecke der Erzwingung der Leistung abgeschlossene Strafberedung war bei den Römern um so häufiger und beliebter, als bei den obligationes faciendi dem Richter die Strafandrohung zum Zweck der Erzwingung der Leistung versagt war und die Kondemnation nur auf Geld gerichtet werden konnte, oft zum Schaden des berechtigten Gläubigers. Deshalb bildete die Konventionalstrafe das unerläßliche Komplement der Geldkondemnation des römischen Prozesses.[3])

Uebrigens hat die Verabredung einer Konventionalstrafe den Zweck, ein Kompelle hinsichtlich der Hauptleistung auszuüben, mit einem andern Nebenvertrage, dem pactum commissorium, gemein, nur daß letzteres, nicht erstere zugleich die Aufhebung des Rechtsverhältnisses zum Nachtheile des Schuldners bezweckt.

b) Sicherung und Fixirung des Interesse.

Auch dieser Zweck wird in den Quellen häufig ausgesprochen z. B. in § 7 J. de v. o. 3, 15 (16), wo bezüglich der Abrede: „aliquid fieri vel non fieri" hinzugesetzt wird: „et in hujusmodi stipulationibus optimum erit, poenam adjici, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quid ejus intersit und in fr. ult. D. de stipul. praet. 46, 5: In ejusmodi stipulationibus, quae, quanti res est, promissionem habent, commodius est, certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cujusque intersit, et ad exiguam summam deducitur. Mit diesem Zwecke der Sicherung des Interesse hängt auch ein sehr wesentlicher, fernerer Vortheil des Gläubigers zusammen, daß nämlich der Anspruch auf Konventionalpön keineswegs durch den Nachweis eines dem

[3]) von Ihering Jahrb. XVIII. Jahrg. Bd. 18 S. 127. (Gesammelte Aufs. Bd. 3 S. 209.)



Gläubiger durch die Nichterfüllung oder Verzögerung der Hauptleistung wirklich erwachsenen Schadens bedingt ist.[4]) Dies besagt treffend fr. 38 § 17 D. de v. o. 45, 1: Poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque conditio stipulationis.[5])

B. Die Vertragsstrafe als Selbstzweck. Selbständiges Strafversprechen. Bedingter Strafvertrag.

Von manchen Schriftstellern wird neben dem Zweck der Prävention auch der Zweck der Reaktion der Konventionalstrafe beigelegt, da sie zunächst die erwartete Leistung zu sichern, event. aber ihr Ausbleiben zu ahnden bestimmt sei. Ein derartiger Straf- und damit Selbstzweck ist aber nicht anzuerkennen, da sie nicht die Bestrafung und damit die Schädigung des Schuldners, vielmehr die Schadloshaltung des Gläubigers bezweckt,[6]) auch nicht für sich allein ohne Beziehung zu irgend welchem Rechtsgeschäft oder zu irgend welcher obligationsmäßiger Abrede bedungen wird. Ein Strafversprechen mit Jemand, welches nur den Strafzweck verfolgt, würde ein unsittlicher und deshalb nichtiger Vertrag sein. Deshalb ist es überhaupt irrig, von einem selbständigen, d. h. von einer sonstigen Hauptobligation losgelösten Strafversprechen zu reden. Dies wird auch in den Quellen zum Ausdruck gebracht, z. B. von Papinian in l. 7 D. de serv. export. 18, 7: Ein Sklave war verkauft unter der Bedingung, daß derselbe exportirt würde, und unter Ausbedingung einer Konventionalpön, wenn das nicht geschähe. Der Jurist sagt nun, auf den Grund einer Strafe hin (vindictae ratione) könne nicht geklagt werden; etwas Anderes sei es, wenn der Verkäufer, weil er einem Andern die Exportation des Sklaven bei Konventionalstrafe versprochen habe, selbst deshalb in Strafe verfiele. Letzteren Falls sei eine Klage auf die Konventionalstrafe gewährt, weil der Gläubiger nicht ratione vindictae, sondern nur um seines eigenen Schadens willen die Klage erhebe. Zugleich giebt Papinian am Schluß des Fragments dem dieser Rechtsauffassung zu Grunde liegenden humanen

---

[4]) Entsch. R.G. vom 26. Juni 1883 in Seuff. Arch. Bd. 38 N. 307 = Entsch. R.G. Bd. 9 N. 51 u. Entsch. R.O.H.G. Bd. 11 N. 77 S. 229.

[5]) Wörtlich mit diesem Passus übereinstimmend § 19 J. de in. stip. 3, 19 (20). Der Ausspruch bezieht sich allerdings zunächst nur auf Strafstipulationen, die an Verträge zu Gunsten Dritter geknüpft sind.

[6]) Vgl. Hölder in v. Holtzendorffs Rechtsl. Bd. 2 S. 544.

Gedanken dahin Ausdruck: „Poenae non irrogatae indignatio solam duritiam continet."

Der dargelegten Unselbständigkeit des Pönalversprechens gegenüber wird nun aber in zweifacher Hinsicht ein von der Hauptobligation ganz losgelöstes und für sich bestehendes Strafversprechen mit Unrecht behauptet; erstens in den Fällen, wo die Hauptobligation ungültig sei und diese Ungültigkeit darin liegen soll, daß ihr Inhalt für den Gläubiger kein pekuniäres Interesse habe. In diesem Falle soll das Strafversprechen für sich gültig sein, weil dadurch das Geschäft für den Gläubiger insofern pekuniäres Interesse bekomme, als er, wenn die Hauptobligation nicht erfüllt werde, wenigstens die Strafe verlangen könne.[7] Diese Argumentation erscheint bei oberflächlicher Betrachtung etwas für sich zu haben, gleichwohl ist sie aber nur ein schwacher Nothbehelf. Sie ist nicht stichhaltig, weil, wenn, wie vorausgesetzt wird, die Hauptobligation aus Mangel an pekuniärem Interesse wirklich ungültig ist, der dann zu führende Beweis, daß trotz dieses Mankos die Strafstipulation als eine von der Hauptobligation losgelöste völlig selbständigen Rechtsbestand habe, durch den angegebenen Grund gar nicht betroffen wird, der Umstand aber, daß, wenn die Strafstipulation als eine selbständige besteht, dann der Gläubiger auch ein vermögensrechtliches Interesse an der Strafleistung habe oder bekomme, selbstredend und nichtssagend sein würde. Die für die fragliche Doktrin angeführten Quellenzitate: l. 38 § 17 D. de v. o. 45, 1 und §§ 19 u. 21 Inst. de in. stip. 3, 19 sprechen nur von Verträgen zu Gunsten Dritter und ist daraus das behauptete allgemeine Prinzip nicht herzuleiten. Sodann ist die Argumentation aber auch ausgeschlossen, weil die Prämisse, auf der sie beruht, unrichtig ist. Nach dem Vorgange Windscheids[8]) und nach der gründlichen Erörterung Iherings in dem Rechtsgutachten über die Gäubahn[9]) scheint es nicht mehr zweifelhaft zu sein, daß nach römischem Rechte grundsätzlich die Rechtsgültigkeit eines Vertrages nicht davon abhängt, ob der Gläubiger ein Geldinteresse daran habe. Ihering hat diesen Beweis geführt durch den von ihm nachdrücklichst hervorgehobenen Gesichtspunkt der effektiven, aber nicht als solcher

---

[7]) Wächter Pand. § 175; Arndts Pand. § 211 Note e; Dernburg Pand. Bd. 2 § 46 Note 3.

[8]) Pand. § 251 Anm. 3.

[9]) in Iherings Jahrb. XVIII. Jahrg. Bd. 18 S. 34 ff. (Gesammelte Aufs. Bd. 3 S. 119 ff.)

sichtbar werdenden Geldvergütung vertragsmäßiger Präſtationen, welcher abgesehen von verschiedenen andern Stellen, insbesondere in l. 6 § 1 D. de serv. export. 18, 7 klar hervortritt, sodann aber auch durch Aufzählung einer Anzahl beweiskräftiger Stellen, aus denen hervorgeht, daß auch nach römischem Recht zahlreiche Obligationen rechtsgültig sind, deren Inhalt nicht pekuniäre, sondern lediglich Interessen der verwandtschaftlichen Liebe, der Pietät, des Mitleidens und Wohlwollens gegen völlig fremde Personen, des Gemeinsinns, des religiösen Gefühls und der Annehmlichkeiten des Lebens verfolgt.

Aber noch in einer zweiten Hinsicht wird irriger Weise vielfach ein selbständiges Versprechen einer Vertragsstrafe behauptet, nämlich wenn ein Versprechen vorliegt, durch welches Jemand sich einfach für den Fall eines Thuns oder Unterlassens zu einer Leistung anheischig macht, ohne das Lassen oder Thun selbst zu versprechen. Mit Recht bemerkt Windscheid[10]), daß solche Versprechen keine Strafversprechen mehr seien und lediglich nach den Grundsätzen von den bedingten Verträgen beurtheilt werden müssen, da es solchen Falls an einem Anhalte fehle, um den Versprechenden für verbindlich zu erklären, wenn er nicht sofort diejenige Handlung vornimmt, deren Unterlassung die Bedingung seines Versprechens bildet, oder für nicht verbindlich, wenn ihm die Vornahme der Handlung ohne seine Schuld unmöglich geworden. Diese Unterscheidung der gewöhnlichen bedingten Verfügung einerseits und der Strafbestimmung andererseits wird im corpus juris ganz scharf und mit dem klarsten Bewußtsein gemacht. Daß sie vielfach vermengt sind, erklärt sich nur daraus, daß sie nicht selten beide in der äußern, ganz gleichen Gestalt einer bedingten Verfügung auftreten, obwohl sie ihrem Zweck und ihrer Absicht nach sehr verschieden sein können. Die Festsetzung eines Nachtheils für Jemand unter einer Bedingung und die Voraussetzung, daß die Bedingung in einem Thun oder Lassen dessen bestehen muß, den eventuell der Nachtheil trifft, sind mit dem Begriffe einer gewöhnlichen bedingten Verfügung freilich sehr wohl verträglich, nicht aber dann, wenn der Stipulation zugleich die Absicht zu Grunde liegt, dadurch mittelbar den Willen des von dem Nachtheil Bedrohten zu der Unterlassung der nicht gewünschten oder zur Vornahme der gewünschten Handlung zu bewegen. Der völlig gleichlautende Wortlaut kann hier nicht entscheidend sein, sondern nur

[10]) Pand. § 286, 3.

das Willensmoment. arg. l 2 D. de his 34, 6: Poenam a conditione voluntas testatoris separat, et an poena, an conditio, an translatio, sit, ex voluntate defuncti apparet. Deshalb enthält auch das in Gajus II, 235 erwähnte legatum poenae nomine relictum: „Si heres meus filiam suam Titio in matrimonium collocaverit, decem millia Sejo dato" nicht unter allen Umständen, vielmehr nur dann eine Strafbestimmung, wenn der Testator die Verheirathung der Tochter des Erben an den Titius nicht wünscht und den Erben durch seine Verfügung von derselben abhalten will, „coercendi heredis causa, quo magis heres aliquid non faciat." Das Gesagte gilt aber nicht bloß für letztwillige Verfügungen, sondern in ganz gleicher Art auch für Verträge[11]). Hiernach ist der bedingte Strafvertrag dem Institut der Konventionalpön fremd, fällt vielmehr unter die Lehre von den Bedingungen. Auch die vielfach ebenso eifrig anerkannte, als energisch und mit Erfolg bekämpfte Theorie Savigny's, daß nämlich die Konventionalstrafe nichts weiter sei, als ein bedingtes Strafversprechen, wenn dabei die Absicht zu Grunde liege, auf das Gegentheil der ausgedrückten Bedingung hinzuwirken, hat nicht förderlich gewirkt.

Mit Recht wird bemerkt, daß diese Definition viel zu allgemein sei, daß das bedingende Ereigniß nie ein anderes sein könne, als die Nichterfüllung einer rechtlich übernommenen Verbindlichkeit, und darum dies Moment mit in die Definition gehöre, und daß sich nicht alle Eigenthümlichkeiten des Strafvertrages aus der Natur des bedingten Geschäfts erklären lassen, daß namentlich nach der behaupteten Theorie das Strafversprechen in dem Falle, wenn ür die Nichterfüllung des an sich Unmöglichen, eine Strafe versprochen werde, solches Strafversprechen als unbedingt gewollt gelten müßte, während es doch ungültig ist[12]).

In der gemeinrechtlichen Praxis hat man den Fall des bedingten Strafvertrags häufig als Argument für die Gültigkeit von Strafversprechen benutzt, welche Mangels der Form ungültigen Verträgen z. B. außergerichtlichen Verträgen über Grundstücke beigefügt sind, so in einem Erkenntniß des O.A.G. Celle vom 11. September 1866 (Seuff. Arch. Bd. 20 Nr. 221). Hier wird unter Verweisung auf fr. 68, fr. 115 § 1 de v. o. 45, 1[13]) gesagt, es bedürfe zur Gültig-

---

[11]) So die Darstellung Fittings im Arch. für die civil. Pr. Bd. 56 S. 404 ff.

[12]) Förster-Eccius Pr. Privatr. § 107 Note 9 u. 10, l. 69 D. de v. o. 45, 1.

[13]) Es sind dies jedoch die nämlichen Stellen, welche Windscheid a. a. O.

keit einer Konventionalstrafe überhaupt nicht nothwendig einer anderweiten, durch dieselbe zu bestärkenden Obligation, auf welche die Strafabrede fußen müßte, und es erscheine deshalb letztere ihrem Wesen nach nicht lediglich als ein akzessorisches, von der Hauptobligation abhängiges Geschäft, welches nach dem Grundsatze des fr. 178 de R. J. 50, 17 mit der Ungültigkeit des Hauptvertrags nothwendig von selbst fallen müßte.

Ebenso ist durch Gerichtsgebrauch im ehemaligen Kurfürstenthum Hessen der Satz angenommen, daß Reubußen oder Konventionalstrafen klagbar seien, welche außergerichtlichen Kaufverträgen über Immobilien (zwecks Sicherung deren Vollzugs durch gerichtliche Währschaft) beigefügt werden, obwohl solche Verträge ohne gerichtliche Anzeige unverbindlich waren. Auf erhobene desfallsige Klage wurde dann alternativ auf Strafzahlung oder die Verpflichtung des Schuldners den außergerichtlichen Vertrag zur gerichtlichen Verlautbarung zu bringen, erkannt.[14])

Auch das R.O.H.G. erkennt in concreto einen Unterschied an zwischen prinzipalen Pönalstipulationen, bei welchen die poena das eigentliche Obligationsobjekt bildet, einerseits und geschäftlichen Obligationen mit rein akzessorisch beigefügten Pönalobligationen andrerseits.[15]) Man geht sogar vielfach so weit, zu behaupten, daß die Gültigkeit des akzessorischen Strafvertrags durch die Unwirksamkeit des Hauptvertrags nur dann ausgeschlossen werde, wenn letzterer seinem Inhalte nach eine gesetzlich reprobirte Obligation involvire oder als Verstoß contra bonos mores sich darstelle. Noch zu erwähnen ist die Theorie Puchtas,[16]) daß die Bestärkung und Sicherung einer andern Leistung nur materiell in der Konventionalstrafe zum Ausdruck komme,

---

(§ 286 Anm. 3) mit dem Hinweise darauf anführt, daß die in denselben enthaltenen Stipulationen nicht als Strafversprechen, sondern als bedingte Verträge aufzufassen. Deshalb kann den Urtheilsgründen nicht beigepflichtet werden.

[14]) Erk. O.A.G. zu Kassel v. 3. März 1863 in Seufferts Arch. Bd. 22 N. 127. Ebenso vertheidigen die Urtheile desselben Gerichtshofes in Seuff. Arch. Bd. 3 N. 35 u. 36 die selbständige Gültigkeit einer an einen ungültigen Grundstücksveräußerungsvertrag und bezw. an ein rechtsunwirksames Verlöbniß geknüpften Pönalobligation.

[15]) Urth. R.O.H.G. v. 1. Februar 1875 in Seuff. Arch. Bd. 31 N. 195.

[16]) Pand. § 231 und Vorl. §§ 230 u. 231. Ebenso Baron Pand. § 231 d: „Die Konventionalstrafe ist als selbständiges Versprechen unter einer Bedingung zu beurtheilen, dessen Wirksamkeit nicht von der Kraft der dadurch zu sichernden Verbindlichkeit, sondern von der Statthaftigkeit der Bedingung abhängt."



während sie formell als ein selbständiges Versprechen unter einer Bedingung zu beurtheilen sei, dessen Wirksamkeit nicht von der Kraft der dadurch zu sichernden Verbindlichkeit, sondern von der Statthaftigkeit der Bedingung abhänge.

3. Standpunkt des Allgemeinen Landrechts.

Das A.L.R., welches Theil I. Tit. 5 §§ 292—316 die wichtigsten Bestimmungen über die Konventionalstrafe enthält, stellt im § 292 dahin lautend: „Das Interesse, welches ein Kontrahent dem andern bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages zu vergüten hat, kann durch Verabredung einer Strafe im Voraus bestimmt werden," ohne eine eigentliche Definition zu geben,[17] der zu Anfang dieser Schrift vertretenen Auffassung entsprechend den Zweck des Rechtsinstituts in den Vordergrund. Es betont jedoch nur den einen Zweck, Fixirung des Obligationsinteresses. Von diesem einseitigen Standpunkte aus ist es konsequent und logisch richtig, daß nach § 293 a. a. O. entgegen dem gemeinen Recht, welches die gleichzeitige Geltendmachung des sich aus der Nichterfüllung der Hauptobligation etwa ergebenden höhern Interesse ausdrücklich gestattet, die Forderung eines höhern Interesse ausdrücklich ausgeschlossen wird.

4. Standpunkt des französischen Rechts.

Nach dem code civil sind zwei Zwecke des Instituts der Konventionalstrafe 1) der als Zwangsmittel und 2) als Schadensausgleich zu dienen, ausdrücklich anerkannt, sie bilden hier sogar die Grundlage von Definitionen.

Art. 1226: La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.

Art. 1229: La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

5. Standpunkt des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich.

Auch der Entwurf b.G.B. beruht, wie die Motive (Bd. 2 S. 275) ausdrücklich hervorheben, auf der für das gemeine und französische Recht herrschenden Auffassung von dem Wesen der Konventionalstrafe,

---

[17]) Koch, Recht der Ford. II. S. 276 Nr. 1.

wonach sie die angegebene doppelte Funktion hat, einmal als Zwangsmittel gegen den Schuldner zu dienen, sodann dem Gläubiger die Interessenforderung zu erleichtern und zu sichern. Beide Funktionen stehen an sich als gleichberechtigt neben einander. Vom Standpunkte des Entwurfs würde daher die Ansicht, welche auch wohl für das gemeine Recht, anscheinend in Anlehnung an das A.L.R., in abstracto behauptet worden, nicht richtig sein, daß der Hauptzweck der Konventionalstrafe darin bestehe, das Interesse im Voraus zu bestimmen, während die Eigenschaft derselben als Verstärkungsmittel für die Erfüllung einer Obligation nur von untergeordneter und unwesentlicher Bedeutung sei.[18]) Wohl aber kann die konkrete Sachlage des Einzelfalls letztere Annahme rechtfertigen, wie darnach auch umgekehrt das Kompelle Hauptzweck und die Fixirung des Interesse nur Nebenzweck sein kann.[19])

6. Standpunkt des Entw. b.G. bezüglich der Berührungspunkte des Strafversprechens mit der Potestativbedingung. Vergleichung des preußischen Rechts und des code civil.

Auch vom Standpunkte des Entwurfs läßt sich das Versprechen einer Konventionalstrafe mit den daran geknüpften Rechtsfolgen keineswegs als ein Strafversprechen unter einer Potestativbedingung auffassen. Zwar hat der § 138 Entw. Satz 1 in Uebereinstimmung mit der herrschenden Doktrin des gemeinen Rechts[20]) die Gültigkeit der Protestativbedingung unter der Voraussetzung anerkannt, daß dieselbe in einer Handlung bestehe, deren Vornahme von der Willkür des Verpflichteten abhängt, und in Bezug hierauf bemerken die Motive zu § 138 a. a. O. unter Verweisung auf § 421 Entw., die praktische Bedeutung des ersten Satzes des § 138 a. a. O. trete namentlich in den Fällen hervor, in denen Jemand für den Fall, daß er eine über-

[18]) So in einem Erk. OberTr. Berlin vom 30. März 1871 in Seuff. Arch. Bd. 29 N. 114. In ähnlicher Weise wird in dem Urth. R.G. vom 14. Februar 1883 (Entsch. R.G. Bd. 9 S. 44) der Satz aufgestellt, die Normirung des für die nicht gehörig geleistete Erfüllung zu vergütenden Interesse entspreche dem Karakter der Konventionalstrafe, wie er nach A.L.R. und auch handelsrechtlich der präsumtive sei.

[19]) Urth. R.G. vom 29. Januar 1887 (Entsch. Bd. 20 N. 7). Hier handelte es sich um eine in einem Eisenbahnbetriebsreglement bezüglich Versendung von Frachtgütern festgesetzte Konventionalstrafe.

[20]) Windscheid Pand. § 93 vor Note 5; Arndts Pand. § 67 Anm. 1.

nommene Verpflichtung nicht rechtzeitig erfüllen sollte, sich zur Leistung einer Konventionalstrafe verpflichtet. Hieraus kann aber, wenn gemäß § 420 Entw. die Strafe nur für den Fall der Nichtbewirkung der Hauptleistung versprochen worden, nur deduzirt werden, daß die Beredung einer Vertragsstrafe nicht anders als in der äußern Form einer Potestativbedingung auftreten kann, nicht aber, daß der Umstand, wonach die Strafe nicht ohne Nichterfüllung der Hauptobligation verfällt, als Bedingung im technischen Sinne aufzufassen. Das potestative Element, welches darin an sich liegen würde, daß bei Verabredung einer Vertragsstrafe die sog. Bedingung nothwendig in eine Handlung des Schuldners gesetzt werden muß,[21]) tritt deshalb in den Hintergrund, weil der Schuldner an die durch den feststehenden Hauptvertrag vorgeschriebene Leistung bereits gebunden ist, und denselben keineswegs die Erlegung der Strafe von der Vertragserfüllung befreit, wie bei der Vereinbarung eines Reugeldes. Das gilt nicht nur für das gemeine, sondern auch für das preußische Recht[22]) und den Entw. b.G. Ebenso würde, wenn nach dem Entwurf die Zusage einer Vertragsstrafe nichts weiter wäre, als ein Strafversprechen unter einer Potestativbedingung, auf die Gültigkeit oder den Eintritt der vom Schuldner nicht zu vertretenden, kasuellen Unmöglichkeit der Hauptobligation nichts weiter ankommen, da solchen Falls die Selbstständigkeit der Strafobligation außer Zweifel stehen würde, während doch dann nach § 424 bezw. 423 Entw. auch die Strafobligation ungültig ist, bezw. der Schuldner von der Strafe befreit wird. Ferner würde bei der Theorie des potestativ bedingten Strafversprechens der Kläger den Eintritt der Bedingung, d. h. die Nichterfüllung der Hauptobligation nachweisen müssen, während vielmehr nach § 425 Entw. der Beklagte die Erfüllung beweisen muß. — Nicht zu verkennen ist aber, daß, wenn gemäß § 421 Entw. die Strafe lediglich für den Fall der nicht rechtzeitigen Bewirkung einer übernommenen Verpflichtung versprochen worden, die Merkmale einer potestativen Bedingung insofern gesteigert werden, als der Schuldner unmittelbar auf die

---

[21]) Die Gültigkeit des Versprechens einer Strafe für den Fall eines Thuns oder Lassens hat man nach gemeinem Recht (Windscheid Pand. § 93 Anm. 5) gradezu als Argument für die Gültigkeit einer Potestativbedingung benutzt, sofern dieselbe in einer Handlung besteht, deren Vornahme von der Willkür des Verpflichteten abhängt. A. M. Sintenis Civilrecht I. § 20 in Anm. 45.

[22]) Sintenis Civilr. a. a. O. § 311 A.L.R. I. 5; Förster-Eccius Pr. Prt. § 107 bei Note 11 und in Anm. 14.

spezielle Verbindlichkeit, auf deren Nichterfüllung die Strafe gesetzt worden, nämlich auf die Rechtzeitigkeit der Erfüllung — denn nur auf diese, nicht auf die Nichterfüllung überhaupt ist die Strafe gesetzt — nicht verklagt werden kann, da es nur von seiner Willkür abhängt, ob er ohngeachtet ihn treffender Schadensersatzansprüche die gesetzte Frist verstreichen lassen will oder nicht, und als es grade eine Besonderheit der Bedingungen ist, daß auf ihre Erfüllung nicht geklagt werden kann;[23]) aber auch hier steht der Annahme einer potestativen Bedingung im technischen Sinne entgegen, daß die für den Fall des § 421 Entw. durch §§ 423 u. 424 daran geknüpften Rechtsfolgen und die durch § 425 getroffene Regelung der Beweislast nicht mit den Grundsätzen über Bedingungen harmoniren, vielmehr dem Institut der Konventionalstrafe eigenthümlich sind.

Karakteristisch ist die Stellung des code civil zu den angeregten Fragen. Derselbe erklärt im Art. 1174[24]) abweichend vom § 138 Entw. b.G. eine unter einer Potestativbedingung seitens des bedingt Verpflichteten abgeschlossene Obligation für nichtig, wonach es buchstäblich unwirksam wäre, für ein willkürliches Thun oder Lassen eine Strafe zu substituiren.[25]) Gleichwohl hat der code, namentlich in den Artikeln 1226 bis inkl. 1230, die das Institut der Vertragsstrafe beherrschenden Grundsätze selbständig und im Wesentlichen übereinstimmend mit dem Entw. b.G. geregelt. Hiernach hat derselbe die angedeuteten Berührungspunkte, welche einen äußerlichen Zusammenhang des Instituts der Konventionalstrafe mit der Potestativbedingung erkennen lassen, offenbar wegen ihrer nebensächlichen und untergeordneten Bedeutung und weil überhaupt grundsätzlich die Zusage einer Vertragsstrafe nicht als Potestativbedingung im technischen Sinne angesehen werden soll, bei Regelung der die Konventionalstrafe betreffenden Rechtsverhältnisse absichtlich gar nicht mit berücksichtigt.

III. Interpretation von Strafversprechen.

In der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis wird vielfach, so oft es sich um die Rechtsfolgen verabredeter Konventionalstrafen z. B. um die Frage handelt, ob dadurch eine alternative Obligations-

---

[23]) l. 41 pr. D. de contr. emt. 18, 1; Mot. zu § 136 Entw.

[24]) „Toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige."

[25]) Vgl. Arndts Pand. § 67 Anm. 1.

berechtigung des Gläubigers entstanden sei, der Satz an die Spitze gestellt, vor Allem komme es darauf an, was die Parteien nach dem Vertragsinhalte und den dabei in Betracht kommenden Verhältnissen und Umständen gewollt haben. Man will also in erster Linie die Frage als quaestio facti und erst in zweiter Linie als quaestio juris behandelt wissen. Allerdings spielt bei Feststellung der sich aus der Strafstipulation ergebenden Rechte und bezw. Verbindlichkeiten die Erforschung des thatsächlich und nach den Umständen des konkreten Einzelfalls Gewollten nicht nur bei den römischen Juristen, sondern auch noch im heutigen Rechtsleben eine Hauptrolle. Aus der Entwickelung des römischen Rechts ist sogar unschwer zu erkennen, daß die konstant übereinstimmende Interpretation gleichmäßig wiederkehrender Pönalobligationen die Quelle gesetzlicher Vorschriften hinsichtlich der das Institut der Konventionalstrafe beherrschenden Rechtsverhältnisse in mannigfacher Art gewesen ist. Ebenso giebt für den modernen Rechtsverkehr bei Streitigkeiten über die aus Strafversprechen sich ergebenden Rechtsfolgen in zahlreichen Fällen noch immer lediglich die Interpretation der Strafabreden selbst eine genügende Entscheidung an die Hand. Auch in dem Entw. b.G. werden die durch den Abschluß eines Strafversprechens in Frage gestellten Rechtsverhältnisse nur mit dem Vorbehalte gesetzlich festgestellt, daß die Parteien nicht ein Anderes vereinbart haben. Demnach sind die bezüglichen Normen nur dispositive, nicht absolute. Sie sind nur erforderlich, weil in zahlreichen Fällen eine Interpretation des Strafversprechens uns über die gewollten Rechtsfolgen im Unklaren läßt. Der Hauptgrundsatz bezüglich der Auslegung von Strafversprechen geht dahin: Die bezüglichen Verträge sind strikt zu interpretiren.[26])

---

[26]) Einen instruktiven Fall strikter Interpretation enthält das Erk. des R.O.H.G. vom 11. Dezember 1872 (Seuff. Arch. Bd. 29 N. 136). Die Vertragsklausel lautete: Das Kaufgeld (für geliefertes Eichenholz) muß in den offerirten Raten gezahlt werden. Wird Ende September der dann noch vorhandene Restbetrag des gesammten Kaufpreises nicht zur Stadtkasse bezahlt, so muß als Konventionalstrafe von jedem abgelieferten Kubikfuß noch 6 Pf. mehr bezahlt werden. Das R.O.H.G. nimmt an, daß hier nicht von jedem Kubikfuß des ganzen Quantums, einschließlich des durch die Theilzahlungen bereits bezahlten, die Strafe von 6 Pf. zu leisten sei, vielmehr die Strafe nur nach Verhältniß des Kubikinhaltes des bis zum 30. September noch nicht bezahlten Holzes zu zahlen sei, und hebt insbesondere hervor, daß hier nicht die Feststellung der Konventionalstrafe in einem bestimmten, unabänderlichen Betrage gewollt sein könne, da von vornherein ersichtlich gewesen, daß das Interesse je nach der Art der den Verfall derselben bedingenden Nicht-

Aber damit ist die Pönalobligation nicht der allgemeinen Regel, welche das H.G.B. im Art. 278 formulirt hat und welche auch jetzt im Entw. b.G. (§ 73) ausdrücklich aufgenommen worden, entzogen, daß bei Auslegung und Beurtheilung eines Geschäfts nicht am buchstäblichen Ausdrucke zu haften, vielmehr der Wille der Kontrahenten zu erforschen sei.[27]) Der Entw. b.G. enthält sich jedoch aus den in den Motiven zu § 73 Entw. angegebenen Gründen überhaupt der Aufstellung sonstiger allgemeiner Auslegungsregeln.

---

gehörigkeit der Erfüllung, ein sehr verschiedenes werde sein können und bei dem vorliegenden auf gesunder wirthschaftlicher Grundlage beruhenden Hauptvertrage es entsprechend der Natur der Konventionalstrafe als einer vertragsmäßigen Feststellung des Interesse nur in der Absicht der Parteien gelegen haben könne, jenes Interesse in angemessener Weise festzustellen.

Ein ferneres bemerkenswerthes Beispiel strikter Interpretation enthält das Urth. R.G. vom 6. Juli 1883 (Entsch. R.G. Bd. 10 R. 54). Auf einer Eisenbahnstation war ein Koffer zur Beförderung aufgegeben, in welchem sich außer andern Gegenständen eine geladene Pistole, ein vom Betriebe ausgeschlossenes Versandstück befand. Für jedes Kilo verbotener Versandstücke war nach der frühern Fassung des betr. Betriebsreglements für die Eisenbahnen Deutschlands 12 M. Strafe zu zahlen. Quaeritur, ob die Strafe bloß von dem Gewicht der Pistole oder von dem des Koffers, als einem als Ganzes aufgegebenen Kollo zu berechnen. Das R.G. nahm ersteres an, da auch im Interesse der Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit des Eisenbahnverkehrs die Strafbestimmung über ihren ausdrücklichen Wortlaut nicht auszudehnen, da sie als Ausnahmebestimmung der strengsten Auslegung unterliege. — In der neuern Fassung des Reglements vom 1. Oktober 1883 lautet jene Stelle unter Abs. C: „für jedes Kilogramm des Bruttogewichts solcher Versandstücke". Darnach wird auch nunmehr die Emballage eingerechnet, nicht aber das Gewicht sonstiger in dem Koffer enthaltener zulässiger Versandstücke außer den verbotswidrigen. Puchelt Komm. zum H.G.B. zu Art. 406 Anm. 8 in fine. — Ebenso hat das R.G. durch Urth. vom 25. Januar 1888 (Entsch. R.G. Bd. 20 R. 21) in einem handelsrechtlichen Falle, wo der Geschäftsreisende einer Handelsfirma der letzteren, falls er binnen 3 Jahren aus dem Geschäfte austrete und in Deutschland ein Konkurrenzgeschäft gründe, eine Vertragsstrafe zugesichert hatte und der eventuelle Geschäftsaustritt unter der Klausel stand: „falls ich diese Stellung aufgebe oder aufgeben muß", entgegen dem Urth. O.L.G. Breslau dahin entschieden, eine derartige Stipulation sei nicht auf den Fall auszudehnen, daß der Dienstherr ohne einen vom Handlungsgehülfen gegebenen gerechten Anlaß das Dienstverhältniß einseitig aufhebe oder kündige oder dem Handlungsgehülfen zum seinerseitigen Austritt gerechten Anlaß gebe.

[27]) Entsch. R.G. vom 4. Februar 1888 (Entsch. R.G. Bd. 20 S. 111).

IV. Das Verhältniß der Strafobligation zur Hauptobligation.

1. Gemeines Recht.

Bereits oben wurde näher dargelegt, welchen Einfluß die Theorie vom selbständigen bedingten Strafversprechen auf die Praxis in der Richtung ausgeübt hat, daß man kein Bedenken trug, Strafversprechen für gültig zu erklären, obwohl sie an ungültige Hauptobligationen geknüpft waren. Demgegenüber ist aber nun zu konstatiren, daß eine ganz überwiegende gemeinrechtliche Doktrin und Praxis an dem Grundsatze als Regel festgehalten hat, daß bei Ungültigkeit des Hauptgeschäfts auch der Nebenvertrag, durch welchen eine Vertragsstrafe bedungen worden, hinfällig sei.[28]) Nur eine Ausnahme hiervon ist allerdings nach dem positiven römischen Recht anzuerkennen. Ein Vertrag, welcher die Leistung eines Dritten oder an einen Dritten zum Gegenstande hat, ist an sich unwirksam, eine an ihn geknüpfte Strafabrede ist aber gerade als Mittel ihm Nachdruck zu verschaffen, zugelassen und für gültig anerkannt.[29])

2. Standpunkt des preußischen Rechts.

Auch nach A.L.R. I. 5 § 310: „In allen Fällen, wo auf Erfüllung des Vertrages nicht geklagt werden kann, findet auch die Forderung einer Konventionalstrafe nicht statt", ist der Strafvertrag ein accessorium des Hauptvertrages. Ohne ihn hat die Straf-

---

[28]) So die Erkenntnisse in Seuff. Arch. Bd. 12 N. 261 (Erk. O.A.G. München) vom 20. Oktober 1856, Bd. 27 N. 115 (O.A.G. Berlin) vom 29. April 1872 und N. 116 (Ob.Tr. Stuttgart) vom 4. November 1871. Auch in dem Erk. O.A.G. Celle vom 21. März 1871 (Seuff. Arch. Bd. 25 N. 228) wird abweichend von dem oben bemerkten Erkenntniß desselben Gerichts vom 11. September 1866 die Pönalobligation solchen Falls für ungültig erklärt und dabei die vielfach vertheidigte Ansicht, daß die Gültigkeit eines akzessorischen Strafvertrages durch die Unwirksamkeit des Hauptvertrages nur dann ausgeschlossen werde, wenn letzterer seinem Inhalte nach eine gesetzlich reprobirte Obligation involvire oder gegen die guten Sitten verstoße, entschieden verworfen.

[29]) fr. 38 § 4, 17 D. 45, 1, § 19, 21 J. de inut. stipul. 3, 19 (20). Diese Vorschriften dürfen aber nicht allgemein auf die an sämmtliche ungültige Obligationen gebundenen Strafversprechen ausgedehnt werden. Zwar werden nach röm.R. auch obligationes naturales aus pactis nudis durch Konventionalstrafen in Stipulationsform geschützt, allein jene sind nicht ungültig, sondern es fehlt ihnen nur die Klage, und die Strafe in Bezug darauf ist ebenso gültig, wie es die Verbürgung und Verpfändung dafür ist. Sintenis Civilr. § 88 Note 9; Urth. ob. L.G. f. Bayern vom 20. Oktober 1883 in Seuff. Arch. Bd. 39 N. 119.

abrede keinen Gegenstand und ist rechtlich nicht denkbar. Ihre Abhängigkeit von einer gültigen Hauptverbindlichkeit dauert fort bis zu ihrer Verwirkung, erst von da erlangt sie den Karakter einer selbständigen Forderung.[30])

3. Standpunkt des französischen Rechts.

Der code civil erkennt in Art. 1227: „La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale" gleichfalls die akzessorische Eigenschaft der Strafabrede an.

4. Standpunkt des Entwurfs b.G. nach § 424.

Der Entw. b.G. spricht den gleichen Grundsatz in § 424 dahin aus: „Erklärt das Gesetz eine Verbindlichkeit für unwirksam oder für anfechtbar (vgl. über die Begriffe der Unwirksamkeit und Anfechtbarkeit die Mot. Bd. 1 S. 216—218), so ist das Versprechen einer Strafleistung für den Fall der Nichterfüllung einer solchen Verbindlichkeit gleichfalls unwirksam oder anfechtbar, selbst wenn die Vertragschließenden die Unwirksamkeit gekannt haben." Die Motive (Bd. 2 S. 279) bemerken dazu, der Entwurf spreche dies mit Beseitigung der Unterscheidung, ob die Parteien die der Hauptverbindlichkeit anklebende rechtliche Mangelhaftigkeit gekannt haben oder nicht,[31]) aus, um in Würdigung eines dringenden praktischen Bedürfnisses alle Leistungen zu treffen, welche für den Fall der Nichterfüllung einer vom Gesetze nicht anerkannten Verbindlichkeit zu einer andern Leistung versprochen werden. Die Konventionalstrafe könne demnach nicht dazu benutzt werden, um indirekt eine Leistung zu erzwingen, zu welcher eine Verbindlichkeit überhaupt nicht oder doch nicht in der Form des geschlossenen Vertrages über die Konventionalstrafe begründet werden könne.

Somit ist ein gesunder Fortschritt im Verhältniß zum gemeinen Rechte dann zu konstatiren, wenn man an der älteren Doktrin festhält, daß zur Gültigkeit einer Obligation erforderlich sei, daß der Gläubiger daran ein pekuniäres Interesse habe und daß, wo dies nicht der Fall sei, derselbe eine Konventionalstrafe sich gültiger Weise ausbedingen könne, wodurch dann das Erforderniß des vermögens-

---

[30]) Förster-Eccius Pr. Prt. § 107 Note 18 u. 26.

[31]) Nach gem. Recht (Windscheid Pand. § 286 Abs. 1) wird die freilich nicht unbestrittene Ansicht vertreten, daß wenn der Versprechende die Ungültigkeit der Verbindlichkeit kennt, in dem Strafversprechen ein Verzicht auf die Geltendmachung der Ungültigkeit liegt und seine Gültigkeit von der Gültigkeit des Verzichts abhängt.

rechtlichen Interesse gedeckt sei. Eine derartige Bestimmung ist vom Standpunkte des Entwurfs aus rein ausgeschlossen.

Der Entwurf geht freilich keineswegs so weit, allgemein die Forderung einer Entschädigung wegen eines anderen als Vermögensschadens zuzulassen, wird vielmehr gemäß § 221 von dem Grundsatze beherrscht, daß nicht vermögensrechtlicher Schaden nur in den gesetzlich bestimmten Fällen, nämlich da beansprucht werden kann, wo die Reichsgesetze solchen als Buße zulassen, und bei bestimmten Delikten (§§ 728, 734, 735, 736 Entw.).

Aber an der Spitze des Obligationenrechts wird der Grundsatz aufgestellt: „Gegenstand eines Schuldverhältnisses kann ein Thun oder Lassen des Schuldners (Leistung) sein“. Darnach gehört ein vermögensrechtliches Interesse nicht zum Wesen der Obligation und die Wirksamkeit des Schuldverhältnisses kann auch nicht damit bekämpft werden, daß der Gläubiger kein anderes — d. h. außer dem Vermögensinteresse — schutzwürdiges Interesse habe. Mithin kommt es nur darauf an, ob unbeschadet der Vorschriften über die Hinfälligkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Verstoßes gegen die guten Sitten und die öffentliche Ordnung ein rechtlicher Verpflichtungswille anzunehmen[32]). Ist nach diesen weitgehenden Grundsätzen eine Obligation überhaupt gültig, so ist sie auch erzwingbar, absolut mittelst richterlichen Schutzes, relativ mittelst eines zugefügten Strafversprechens. Es werden daher vom Standpunkte des Entwurfs aus Konventionalstrafen in zahlreichen Obligationsfällen eingeklagt werden können, bei denen zwar richterlicher Zwang, nicht aber ein Interessenanspruch wegen Nichterfüllung gewährt wird. — Noch ist darauf hinzuweisen, daß der Entwurf eine sehr erhebliche Erweiterung klagbarer Obligationen bezüglich der Verträge zu Gunsten Dritter statuirt. Es wurde bereits oben nachgewiesen, daß trotz des römischen Grundsatzes: „alteri stipulari non potest“ eine mit solcher Stipulation verknüpfte Strafabrede als gültig anerkannt wurde und daß hierin eine Ausnahme des Grundsatzes der akzessorischen Abhängigkeit der Strafabrede von der Gültigkeit der Hauptobligation lag. Dem römischen Rechte folgend hält auch der code civil (Art. 1165, 1119 und 1121) abgesehen von den Ausnahmen des Art. 1121: „lorsque telle est la condition d'une stipulation, que l'on fait pour soi même ou d'une donation que l'on fait à un

---

[32]) Mot. Bd. 2 Einl. S. 3 und zu § 206 Entw. S. 5 Abs. 2.

autre“ und der Art. 1973 betr. Leibrentenverträge zu Gunsten eines Dritten grundsätzlich an dem römischen Prinzip bezüglich des pactum in favorem tertii fest. Ferner erkennt die französische Jurisprudenz ausnahmsweise die Gültigkeit eines derartigen pactum, wenn demselben ein Strafgedinge beigefügt ist,[33]) und damit auch des letzteren an.

Dagegen erkennt der Entw. b.G. im § 412 unter Berücksichtigung der Bedürfnisse des modernen Rechtslebens die Rechtswirksamkeit der Verträge zu Gunsten Dritter grundsätzlich an und zwar mit der Wirkung, daß der Dritte hierdurch unmittelbar berechtigt wird, von dem Versprechenden die Leistung zu fordern, sofern aus dem Inhalte des Vertrages sich ergiebt, daß diese Berechtigung des Dritten gewollt ist. Damit gelten derartigen Verträgen beigefügte Strafversprechen ohne Weiteres.

Ebenso liegt aber auch kein Bedürfniß vor, ausnahmsweise auch solchen Strafkonventionen, welche Mangels der Form ungültigen Verträgen beigefügt sind, z. B. den an außergerichtliche Veräußerungsverträge über Grundstücke beigefügten Strafversprechen Rechtsgültigkeit zuzuschreiben, wie dies nach gemeinrechtlicher Praxis gezeigter Maßen hie und da geschehen ist. Eine derartige ausnahmsweise Vorschrift würde auch mit sonstigen Grundprinzipien des Entwurfs nicht in Einklang zu bringen sein. Der Entwurf bestimmt bezüglich der Form obligatorischer Immobiliarverträge im Gegensatz zum A.L.R., welches nur die schriftliche Form verlangt, im § 351: „Der Vertrag, durch welchen Jemand sich zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke verpflichtet, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form. Der ohne Beobachtung der gerichtlichen oder notariellen Form geschlossene Vertrag erlangt durch die Auflassung und die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch nach seinem ganzen Inhalte Gültigkeit.“

Daraus ergiebt sich, daß, wie auch die Motive Bd. 2. S. 191 ausdrücklich hervorheben, vor der Auflassung und Eintragung keine auch nur obligatorische Bindung der Vertragschließenden besteht, so daß aus dem formlosen Vertrage auch nicht auf die Mitwirkung zur Auflassung geklagt werden kann. Reprobirt also solchen Falls der Entwurf überhaupt eine obligationsmäßige Verpflichtung des einen Paziszenten gegenüber dem andern, zur Auflassung mitzu-

[33]) Mot. Bd. 2 S. 267 zu § 412 Entw.

wirken, so ist damit auch dem als ein Kompelle der zu bewirkenden Auflassung an den formlosen Vertrag etwa geknüpften lediglich akzessorischen Strafversprechen die Rechtswirksamkeit versagt.

Nach Allem ist nach dem Entw. b.G. das Strafversprechen, während es formell bezüglich der prozessualischen Geltendmachung ebenso wie andere Nebenrechte vom Hauptvertrage unabhängig ist, materiell betrachtet ausnahmlos ein von der Hauptobligation abhängiges accessorium[34]).

Selbstverständlich ist aber die Hauptobligation materiell nicht umgekehrt ein accessorium des Strafversprechens, deshalb macht auch ein ungültiges Strafversprechen den Hauptvertrag nicht ungültig[35]). Ferner ist für das gemeine Recht nicht gerade ausgeschlossen, daß in einzelnen Fällen die Hauptobligation eine an sich gültige sein kann, das damit verknüpfte Strafversprechen jedoch eben wegen der Verbindung mit dieser speziellen Hauptobligation als ungültig angesehen wird. So wird z. B. von Einigen[36]) gemäß c. 29 X. de spons. IV, 1 das Strafversprechen beim Verlöbniß für ungültig erachtet, obwohl die Klage und das Urtheil auf Vollziehung der Ehe gerichtet werden kann, mag auch bei entschiedener Weigerung

[34]) Aus dieser innern Abhängigkeit der Pönalobligation vom Hauptvertrage können sich außer den vom Entwurf selbst in §§ 423 und 424, ferner auch im § 1148, wonach das Faustpfand, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, für die Forderung in deren jeweiligem Bestande und Umfange mit Einschluß der auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhenden Zinsen und der Konventionalstrafen haftet, vorgesehenen, noch mancherlei andere Rechtsfolgen ergeben, z. B. die, daß das Mandat zum Abschluß eines Kontrakts mit Jemand auch die Ermächtigung zur Zusicherung einer Konventionalstrafe an denselben enthält, Urth. O.G. zu Wolfenbüttel vom 23. Oktober 1874 (Seuff. Arch. Bd. 31 N. 32) — für das preuß. Recht ist solchen Falls besondere Vollmacht erforderlich, Förster-Eccius Pr. Prt. § 107 Note 25 — ferner die, daß, wenn es sich bei Erhebung einer Klage auf Konventionalstrafe darum handelt, den Sitz der Obligation und das darnach anzuwendende Recht zu bestimmen, nicht auf den Ort, an welchem gegebenen Falls die poena zu bezahlen, sondern auf den Ort, an welchem die Hauptobligation zu erfüllen war, gesehen werden muß, Urth. R.O.H.G. vom 1. Februar 1875 in Seuff. Arch. Bd. 31 N. 195 und Urth. R.G. vom 20. April 1886 (Entsch. R.G. Bd. 15 N. 131). Nach letzterem Urtheil ist auch für den Gerichtsstand der akzessorischen Klage auf Konventionalstrafe der Erfüllungsort der Hauptobligation maßgebend.

[35]) Eine gesetzliche Einschaltung dieses in l. 126 § 3 D. de verb. obl. ausdrücklich ausgesprochenen Satzes im Entw. b. G., wie im code civil Art. 1227 Abs. 2, ist entbehrlich.

[36]) So von Richter Kirchenr. § 285, 21; Friedberg Kirchenr. § 158 I.



der Eheschließung der dazu Verurtheilte nur zur Leistung einer Entschädigung angehalten werden können. Der Entw. b.G. ist in dieser Beziehung inhaltlich des § 1227 insofern wieder zum römischen Rechte zurückgekehrt, als er ebenso wie letzteres[37]) dem Verlöbniß die Wirkung einer Obligation zur Eingehung der Ehe nicht beilegt. Hiernach ist bei Mitanwendung des § 424 Entw. die Konventionalstrafe für den Fall, daß die Ehe nicht zu Stande kommen sollte, unwirksam[38]).

V. Gesetzliche Rechtswirkungen des Strafversprechens.

Der § 420 Entw. schreibt vor: „Hat der Schuldner für den Fall, daß er eine ihm obliegende Leistung nicht bewirken werde, dem Gläubiger eine andre Leistung als Strafe versprochen (Konventionalstrafe), so hat der Gläubiger eintretenden Falls die Wahl, ob er die Hauptleistung oder die Strafleistung, und, wenn wegen unterbliebener Bewirkung der Hauptleistung statt dieser Schadensersatz verlangt werden kann, ob er Schadensersatz oder die Strafleistung verlangen will. Wählt der Gläubiger Schadensersatz, so kann er stets die Strafleistung als Mindestbetrag des Schadens verlangen.“ Hiernach entscheidet dieser Paragraph folgende Fragen:

1. Welche Rechte hat der Gläubiger, dem eine Konventionalstrafe zugesichert worden, falls der Schuldner die Hauptobligation nicht erfüllt?

2. Welche besondere Grundsätze kommen zur Anwendung, wenn wegen unterbliebener Bewirkung der Hauptleistung statt dieser Schadensersatz verlangt werden kann, und was ist Rechtens, wenn die Strafleistung höher ist als der Schaden, oder der Schaden höher als die Strafleistung?

1. Rechte des Gläubigers, falls der Schuldner die Hauptobligation nicht erfüllt.

a. Gemeines Recht.

Anlangend die Frage unter 1, so bestehen für das gemeine Recht, weniger dem Resultate nach als im Einzelnen und hinsichtlich der

[37]) c. 1 Cod. de spons. V. 1: „Alii desponsatae renuntiare conditioni et nubere alii non prohibentur.“ Nach römischem Recht sollen überhaupt Ehen, zukünftige und schon geschlossene, frei sein und nicht durch das Band der Strafe gefesselt werden. l. 134 D. de verb. obl. 45, 1.

[38]) Mot. Bd. 4 S. 3.

Begründung sehr verschiedene Ansichten. Windscheid[39]) hält es für eine reine Auslegungsfrage, ob bei Verfall der Strafe der Gläubiger neben der Strafe auch die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit solle fordern dürfen oder nach seiner Wahl die Strafe oder die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit oder endlich nur die Strafe. Das würde ein sehr wenig tröstliches Resultat sein. Denn wie häufig giebt der Pönalvertrag gar kein oder nur ungenügendes Auslegungsmaterial an die Hand. Das Gesetz muß eine Entscheidung treffen über eine Frage, die, solange das Institut der Konventionalstrafe besteht, täglich der Entscheidung harrt. Es möchte doch von vornherein nicht recht glaublich sein, daß das positive römische Recht die Parteien da lediglich auf den häufig dunkeln Weg der Vertragsauslegung verwiesen haben soll, wo eine einfache gesetzliche Entscheidung am Platze sein muß. Andere Juristen haben folgende Auffassung:

Das römische Recht habe hier zwischen stricti juris und bonae fidei negotia unterschieden. Die jenen beigefügte Pönalstipulation habe es als bedingte Novation behandelt,[40]) so daß durch Verwirkung der Strafe die prior obligatio erloschen sei; dagegen lasse es die zu einer bonae fidei obligatio hinzutretende Strafschuld mit dieser konkurriren, so daß die Erfüllung der einen die Geltendmachung der andern nur zu dem Betrage ausgeschlossen habe, zu welchem beide sich gedeckt hätten. Nach gemeinem Rechte gelte im Allgemeinen dasjenige, was das römische Recht beim bonae fidei negotium angenommen habe. Uebrigens seien Hauptschuld und Strafschuld zwei nur durch die Gemeinsamkeit ihres Zwecks mit einander verbundene Schulden, deren Einfluß auf einander sich nach den Grundsätzen der Klagenkonkurrenz bemesse. Um zwei selbständige Obligationen, also auch nicht etwa um zwei Glieder einer Alternativobligation, handele es sich nach gemeinem Rechte.[41]) Hiervon ist nun ohne Weiteres das

---

[39]) Pand. § 285 unter 4.

[40]) Arndts Pand. § 211 Note 2. l. 44 § 6 D. de o. et act. Der Sinn dieser instruktiven Stelle ist der: Falls wirklich ein selbständiges Strafversprechen mit anhebender Bedingung (si a conditione incipit) in der Stipulationsform: „Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?“ im Gegensatz zu dem eigentlichen Strafversprechen in der Stipulationsform: „Pamphilum dari spondes, si non dederis, centum dari spondes?“ vorliegt, so ist zunächst bloß die pure versprochene Leistung in obligatione; zahlt aber der Schuldner nicht rechtzeitig, so erlischt nun die erste Obligation und an ihre Stelle tritt ausschließlich die zweite bedingte Obligation, so daß also von diesem Momente an gleichsam eine Novation vor sich geht. Vangerow Leitf. Bd. 3 § 614 unter IV.

[41]) So Hölder in v. Holtzendorffs Rechtsl. Bd. 2 S. 544 u. 545.

über die stricti juris und bonae fidei negotia und die allein maßgebende Bedeutung der letzteren für das gemeine Recht Gesagte als richtig anzuerkennen. Nur theilweise ist es aber richtig, daß Hauptschuld und Strafschuld zwei selbständige, nur durch die Gemeinsamkeit des Zwecks mit einander verbundene Schulden sind. Wohl sind im Falle einer Strafabrede zwei Obligationen — von denen übrigens nur die Hauptobligation als selbständig anzuerkennen — vorhanden, denn es liegt kein bloßes bedingtes Versprechen vor, welches überhaupt nur eine Obligation und einen Gegenstand umfaßt.[42]) Die Obligationen sind aber nicht sowohl durch die Gemeinsamkeit des Zwecks, vielmehr hauptsächlich deshalb mit einander verbunden, um das Strafversprechen in ein Abhängigkeitsverhältniß zur Hauptobligation zu setzen. Auch sind die sie verbindenden Zwecke nicht durchweg gemeinsame, da sie sich keineswegs vollständig decken. Die Hauptobligation drängt bloß auf Erfüllung ihrer selbst. Die Strafobligation soll nicht nur auf Erfüllung der Hauptobligation hinwirken, sondern bezweckt auch Zahlung des durch die Strafe im Voraus bedungenen Interesse bei Nichterfüllung der Hauptobligation.

Geradezu von der je nach der Stipulationsfassung und Satzwendung hervortretenden Selbständigkeit oder Unselbständigkeit der Pönalobligation — erstere ist nach dem Ausdrucke der römischen Juristen dann vorhanden, wenn ausweislich der Stipulationsform die poena das eigentliche Obligationsobjekt bildet und die Hauptobligation bloß in solutione ist — will Vangerow[43]) die Frage abhängig machen, ob der Gläubiger nur auf die Konventionalstrafe oder alternativ entweder auf die Hauptobligation oder die Strafe klagen könne. Aber diese vermeintliche Selbständigkeit der Pönalobligation stützt derselbe im Wesentlichen auf die bereits gedachte l. 44 § 6 de obl. et act. 44, 7, welche lediglich die für das heutige Recht nicht maßgebenden Konsequenzen der Stipulationstheorie auf den modernen Vertrag zum Ausdruck bringt. Nach heutigem Vertragsrecht kann überhaupt nicht mehr auf die Satzwendung in der Verabredung, sondern nur auf den Parteiwillen das Hauptgewicht gelegt werden.[44]) Bezüglich der negotia bonae fidei, welche wirklich den Abschluß einer prinzipalen Obligation z. B. eines Kaufgeschäfts, einer Sozietät, eines Vergleichs u. s. w.

[42]) Sintenis Civilr. Bd. 2 § 88 bei Note 13.
[43]) Leitf. Bd. 3 § 614 unter III. N. 1 u. 2.
[44]) Förster-Eccius Pr. Prt. Bd. 1 § 107 Note 5.

enthalten und welchen akzessorisch zur Sicherheit derselben eine Pönalobligation hinzugefügt worden, erkennt aber auch Vangerow a. a. O. rückhaltslos als positives Recht dann im Wesentlichen die im § 420 Entw. b.G. angegebenen gesetzlichen Rechtsfolgen an. Danach bleibt, auch wenn die Strafe verwirkt ist, doch die prinzipale Obligation noch unverändert bestehen, und der Gläubiger hat jetzt die Wahl, ob er die Erfüllung der prinzipalen Obligation durchsetzen oder ob er die Strafe einfordern will. Hiermit stimmt der negative Satz des römischen Rechts, daß Konventionalstrafe und Hauptleistung im Zweifel nicht vereint gefordert werden dürfen,[45]) überein, welchen auch das R.O.H.G. unter Hinweis auf §§ 115 § 2 de v. o. 45, 1 und mit dem Hinzufügen, daß diesem auch für das Handelsrecht gültigen Grundsatze der § 284 H.G.B. nicht entgegen stehe, ausgesprochen hat.[46]) Das Fazit der gemeinrechtlichen Doktrin läuft daher trotz sehr mannigfaltiger Meinungen im Einzelnen im Ganzen und Großen darauf hinaus, daß, wie Wächter[47]) unumwunden ausspricht, bei Nichterfüllung der Hauptobligation der Gläubiger in der Regel die Wahl habe, ob er auf Zahlung der Strafe oder auf Erfüllung der Hauptobligation klagen wolle.

Die gemeinrechtliche Praxis spiegelt die verschiedenen Ansichten der Doktrin wieder. Am reservirtesten spricht sich der Kassationshof zu Wolfenbüttel[48]) aus. Von demselben wird unter Verweisung auf fr. 44 § 6, fr. 115 § 2 D. de v. o. 45, 1 ausgeführt, eine Pönalobligation könne sowohl in einem kumulativen als in einem alternativen Verhältnisse zum Hauptvertrage gedacht werden, und wenngleich letzteres als die Regel gelte, so sei die Frage, welches Verhältniß vorliege, stets nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen und falle daher in das Gebiet der facti interpretatio. Liege dann ein alternatives Verhältniß der Pönalobligation zur Hauptobligation vor, so habe der Gläubiger die Wahl, ob er auf Erfüllung der Prinzipalobligation oder auf die Strafe als Interesse der Erfüllung klagen wolle. Weit entschiedener äußert sich das

---

[45]) Dernburg Pand. Bd. 2 § 46 Note 13, l. 28 D. de act. e. v. 19, 1, l. 4 § 7 D. de exc. doli 44, 4. In beiden Stellen wird klar gesagt, daß eintretenden Falls nicht Beides — Strafe und Hauptleistung — gefordert werden könne. Wer Beides fordere, dem stehe die exceptio doli entgegen.

[46]) Urth. R.O.H.G. vom 9. September 1871 in Seuff. Arch. Bd. 27 N. 221.

[47]) Pand. § 175; ebenso Höpfner Komm. § 987 Note 7.

[48]) Urth. vom 10. Oktober 1860 in Seuff. Arch. Bd. 19 N. 136.

O.A.G. Kassel:[49]) Wenn eine Konventionalstrafe für den Fall einer Vertragsverletzung festgesetzt worden, so sei dies zwar im Zweifel lediglich zur Sicherstellung des Vertrags und nur zum Vortheil des andern Kontrahenten geschehen zu betrachten, so daß es nicht etwa von dem Willen des Verletzenden abhänge, sich durch Erlegung der Strafe von seiner Verbindlichkeit zu befreien; dem andern Kontrahenten stehe aber, wenn nicht ausdrücklich verabredet sei, daß der Vertrag der zu zahlenden Konventionalstrafe ohngeachtet in seiner Wirksamkeit fortbestehen solle, nicht das Recht zu, neben der Konventionalstrafe zugleich die Erfüllung des Vertrags oder deshalbige Entschädigung zu verlangen, vielmehr habe er nur die Wahl zwischen diesen Ansprüchen.

b. Preußisches und französisches Recht.

Auch für das preußische Recht erkennt Förster-Eccius[50]) an, daß wenn die Strafe das Surrogat des ganzen Vermögensinteresse sei, der Gläubiger nicht die Strafe neben der Erfüllung fordern könne, daß derselbe vielmehr solchen Falls nur die Wahl habe, ob er auf Erfüllung bestehen oder die Strafe fordern wolle. Ebenso verordnet der code civil art. 1228:

Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale.

c. Entwurf b. G.

Der Grundsatz des bereits oben aufgeführten § 420 des Entw. b. G. entspricht der für denselben maßgebenden Doppelfunktion. Während sonst bei Alternativobligationen dem Schuldner die Wahl zusteht (§ 207 Entw.), soll hier der Gläubiger eintretenden Falls die Wahl haben, ob er die Hauptleistung oder die Strafleistung verlangen will. Das Recht, die Hauptleistung zu verlangen, steht dem Gläubiger schon so wie so zu, d. h. wenn man sich die mitbedungene Konventionalstrafe zunächst wegdenkt, würde der Schuldner hinsichtlich der Hauptobligation — auch ohne eine dieselbe bestärkende Pönalobligation — bereits fest und unbedingt gehalten sein. Da nun durch Hinzufügung des Strafversprechens dem Gläubiger zwar nicht ein Mehreres, jedoch eine günstigere und sicherere Rechtsposition bezüglich

---

49) Urth. de 1828 in Seuff. Arch. Bd. 3 N. 38.

50) Pr. Prt. § 107 Note 52 unter Hinweis auf Gruchots Beitr. II. S. 139; Seuff. Arch. Bd. 3 N. 38 (vorige Note) und l. 115 § 2 D. 45, 1.

der Hauptobligation, als ihm ohnehin schon zustand, gewährt werden soll, so wird ihm mit Verstattung eines Wahlrechts bei Hinzufügung des Strafversprechens, das Geringste zugestanden, was ihm überhaupt zugestanden werden kann. Aber auch ein Mehreres darf ihm nicht zugebilligt werden. Insbesondere darf Mangels anderweiter Abrede dem Gläubiger das Recht nicht eingeräumt werden, Beides zu verlangen. Letzteren Falls würde er offenbar lukriren, was über den Zweck der Vertragsstrafe hinauslaufen würde.

Ferner soll der Doppelzweck der Vertragsstrafe zum Besten des Gläubigers, nicht des Schuldners dienen. Denn letzteren Falls würde das Strafversprechen nicht als ein wirksames Verstärkungsmittel für die Erfüllung des Schuldners, vielmehr umgekehrt als ein Mittel zu deren Schwächung bezw. als Prämie für die Säumniß des Schuldners sich darstellen.[51]) Der Fall nun, für welchen die Konventionalstrafe gefordert werden kann, tritt erst ein mit Nichterfüllung der Hauptobligation. Bis dahin enthält nur die letztere selbst eine klagbare Leistung. Bezüglich des Anspruchs auf die Strafe war actio nondum nata. Mit der Nichterfüllung der Hauptobligation gestaltet sich aber die Rechtsposition des Gläubigers insofern als eine günstigere, als eben hierdurch sein Wahlrecht existent wird. Erst mit der Erklärung der Wahl wird das Schuldverhältniß auf die gewählte Leistung konzentrirt. Dann wird auch der Anspruch auf die etwa gewählte Strafleistung ein vollkommen selbständiges Recht.

2. Rechte des Gläubigers, wenn wegen unterbliebener Bewirkung der Hauptleistung Schadensersatz verlangt werden kann.

Anlangend ferner die oben unter 2 aufgestellten Fragen, so entscheidet sich der Entwurf für den Fall, daß, wenn wegen unter-

---

[51]) Aus diesem Grunde ist durch Urth. R.G. vom 31. Dezember 1879 (Entsch. R.G. Bd. 2 Nr. 7 entschieden worden, daß wenn gemäß § 220 H.G.B. bei Namensaktien im Gesellschaftsvertrage festgesetzt wird, daß für den Fall der verzögerten Einzahlung des gezeichneten Aktienkapitals oder eines Theils desselben die säumigen Aktionäre ihr Anrecht aus der Zeichnung der Aktien und der geleisteten Theilzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft verlustig gehen sollen, die Verlustigerklärung an sich den Aktionär nicht von der Haftbarkeit für die nicht gezahlten Beträge entbindet, es sei denn im Statut bestimmt, oder von der Generalversammlung beschlossen worden, daß mit der Verlustigerklärung die Verpflichtung des Aktionärs ganz aufgehoben werde.



bliebener Bewirkung der Hauptleistung Schadensersatz verlangt werden kann, im Einklang mit dem gemeinen Rechte und dem H.G.B. Art. 284, in Abweichung allerdings von dem preußischen, französischen und österreichischen Rechte, wonach bei Festsetzung einer Vertragsstrafe die Forderung eines höhern Interesse neben oder statt der Strafe unstatthaft ist, dahin, daß der Gläubiger die Wahl habe, ob er Schadensersatz oder die Strafleistung verlangen wolle. Diese Entscheidung ist nur die Konsequenz des ersten Satzes des § 420, da der Schadensersatz an die Stelle der Hauptleistung tritt. Ferner ist im § 420 entsprechend der Auffassung des gemeinen Rechts, daß die Vertragsstrafe zwar auch den Zweck einer zu Gunsten des Gläubigers getroffenen Veranschlagung seines Interesses habe[52]), jedoch nicht in dem Sinne der absoluten Interessefixirung gemäß § 293 A.L.R. a. a. O., so daß dabei dem Gläubiger immer die Geltendmachung des den Betrag der Konventionalstrafe überschreitenden höhern Schadens vorbehalten werden muß, die Entscheidung getroffen, daß wenn der Gläubiger statt der Strafleistung Schadensersatz wählt, er stets die Strafleistung als Mindestbetrag des Schadens verlangen kann. Diese Fassung möchte nicht gerade glücklich gewählt sein. Der Entwurf hat sagen wollen, daß der Gläubiger stets die Strafleistung verlangen könne, auch dann, wenn diese mehr betrage, als der wirklich erweisbare Schaden. Demnach macht die Fassung des Entwurfs den Eindruck der gerade nicht gewollten Fiktion, daß die Strafleistung stets den Mindestbetrag des Schadens repräsentire, während doch das einseitige Prinzip der absoluten Interessefixirung in den Motiven ad § 420 ausdrücklich reprobirt wird.

Zudem möchte es empfehlenswerth sein, daß auch der umgekehrte Fall, wenn der erweisliche wirkliche Schaden[53]) die Konven-

---

[52]) Windscheid Pand. § 285 Note 15.

[53]) Bei Geltendmachung des Schadens können gemeinrechtlich auch Verzugszinsen und Konventionalstrafen neben einander gefordert werden. l. 47 D. 19, 1. Ebenso dürfen im Falle des § 220 H.G.B., welcher im Abs. 1 den Aktionär, der den Betrag seiner Aktie nicht zur rechten Zeit einzahlt, zur Zahlung von Verzugszinsen von Rechtswegen verpflichtet, und im Abs. 2 die Festsetzung einer Vertragsstrafe im Gesellschaftsvertrage für den Fall der verzögerten Einzahlung gestattet, bei dem Vorhandensein einer ausdrücklichen statutarischen Bestimmung Verzugszinsen und Konventionalstrafen neben einander gefordert werden. Puchelt Komm. zu § 220 H.G.B. Anm. 5 und Urth. R.G. vom 14. Februar 1883 (Entsch. R.G. Bd. 9 S. 44). Nach der preuß. Praxis können — abgesehen von handelsrechtlichen Fällen — keine Verzugszinsen neben der Vertragsstrafe gefordert werden.

tionalstrafe übersteigt, der Mehrbetrag des ersteren gleichwohl gefordert werden kann, im Entwurf selbst besonderen Ausdruck finde, um so mehr, als dadurch eine Uebereinstimmung mit dem Handelrechte erzielt werden würde, da auch nach Art. 284 Abs. 3 H.G.B. durch die Verabredung einer Konventionalstrafe im Zweifel ein deren Betrag übersteigender Schadensersatzanspruch nicht ausgeschlossen wird, und nach Art. 398 H.G.B. speziell hinsichtlich der Transportverzögerung beim Frachtvertrage ein Gleiches bestimmt wird. Es möchte daher rathsam erscheinen, statt des letzten Absatzes des § 420 die von Windscheid (Pand. § 285 Note 15) beliebte Fassung: „Wählt der Gläubiger Eines, so ist er berechtigt, den Mehrbetrag des Andern nachzufordern", einzuschalten.

3. Weitere Konsequenzen aus § 420 Entw.

Nach dem Entwurf kann ferner an die Nichtbewirkung jeder dem Schuldner obliegenden Leistung, also jeder obligationsmäßigen Verpflichtung, welche als solche überhaupt anzuerkennen, die Vereinbarung der Konventionalstrafe geknüpft werden, mag diese Obligation auf Vertrag, Gesetz oder letztwilliger Verfügung[54]) (arg. „eine ihm obliegende Leistung") beruhen,[55]) mag sie bereits bestehen oder bei ihrer Entstehung die Pönalobligation daran geknüpft werden.

Ebenso ergiebt sich aus den Worten „eine andere Leistung als

Förster-Eccius Pr. Prt. § 107 Anm. 27. Dagegen werden von der fällig gewordenen Strafe selbst Verzugszinsen nach der Praxis zugelassen. Förster-Eccius das. Note 35.

[54]) So kann z. B. dem zur Nachfolge in die bäuerliche Stätte eingesetzten Hofserben ein Vermächtniß dahin auferlegt werden, einem auf dem Hofe vorhandenen Leibzüchter ein bestimmt bezeichnetes neues Leibzuchtshaus binnen bestimmter Frist zu bauen unter Festsetzung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichteinhaltung der Frist. Nach dem Entwurf braucht die Leistung, welche Gegenstand des Vermächtnisses bilden soll, vom Erblasser nur bestimmt bezeichnet zu sein, im Uebrigen kann Alles, was Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann, zum Gegenstande eines Vermächtnisses gemacht werden, mithin auch ein an irgend welche Hauptobligation — mag diese in einem Thun oder Lassen bestehen — geknüpftes Strafversprechen. Entw. § 1847 und Mot. dazu (Bd. 5 S. 142) Abs. 2.

[55]) Im römischen Prozeß kommt sogar in Bezug auf die Auflage zukünftiger Unterlassungen z. B. fernerer Ausübungshandlungen einer rechtlich aberkannten Servitut die eigenthümliche Form eines vom Richter dem Beklagten auferlegten Strafversprechens an die andere Partei (cautio), einer gerichtsseitig festgestellten und erzwungenen Konventionalstrafe zur Anwendung. v. Ihering in dem Rechtsgutachten betr. die Gäubahn (Jahrb. XVIII. Jahrg. Bd. 18 S. 55).

Strafe versprochen", daß jede Leistung als Strafe versprochen werden kann, sofern nicht solches Strafversprechen gegen ein gesetzliches Verbot (Entw. § 105) oder gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung (Entw. § 106) verstößt.[56] Auch eine in quanto noch nicht feststehende Geldsumme kann als Konventionalstrafe versprochen werden.[57]

Das Strafversprechen kann ferner ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben werden.[58]

Der Entwurf geht ferner, wenn er dem Gläubiger wegen unterbliebener Bewirkung der Hauptleistung das Wahlrecht zwischen Schadensersatz und Strafleistung einräumt, davon aus, daß überhaupt wegen unterbliebener Bewirkung der Hauptleistung Schadensersatz gefordert werden könne. Dies ist nach § 240 Abs. 1 Entw. dann der Fall, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllen kann, weil die ihm obliegende Leistung in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes ganz oder theilweise unmöglich geworden ist. Hieraus folgt, daß, wie auch die Motive zu § 420

---

[56]) Dahin gehört auch eine unzulässige Beschränkung der gewerblichen bezw. der eigenen Freiheit Jemandes durch das Strafgedinge. Eine solche ist aber z. B. nicht darin zu befinden, daß der Handlungsgehülfe nach Beendigung des Dienstverhältnisses ihm keine Konkurrenz machen dürfe, sofern sich solche Stipulation in verständigen Grenzen bezüglich des Orts, der Zeit und des Gegenstandes hält Puchelt Komm. zum H.G.B. zu § 284 Anm. 10 und zu Art. 59 Anm. 3. Entsch. R.O.H.G. vom 21. Oktober 1876 in Seuff. Arch. Bd. 35 Nr. 106. — Mit Rücksicht auf den § 106 Entw. ist ferner eine spezielle Vorschrift, wie die des § 297 A.L.R. I. 5: „zu körperlichen, die Freiheit oder die Ehre verletzenden Strafen kann Niemand durch Verträge sich verpflichten" ganz entbehrlich.

[57]) z. B. in der Art, daß der Abkäufer eines Handelsgeschäfts sich ausbedingt, daß der Verkäufer in der betreffenden Stadt kein Konkurrenzgeschäft betreibe, andernfalls aber allen daraus bezogenen Gewinn an den Abkäufer zahlen müsse. Eine nur vorbehältlich des Betrages feststehende Vertragsstrafe kann auch als Kautionshypothek eingetragen werden, solchen Falls ist aber der Höchstbetrag anzugeben, bis zu dem das Grundstück haften soll. Willenbücher preuß. Grundbuchrecht S. 64 Anm. 4; Entw. b. G. § 1129.

[58]) So hat gemäß § 406 H.G.B. der Adressat beim Eisenbahntransport, nachdem er sich den Vorschriften des betreffenden Eisenbahnbetriebsreglements, sofern nur in den ausschließlich zulässigen gedruckten Frachtbriefformularen darauf verwiesen worden, unterworfen hat, damit stillschweigend die Verpflichtung übernommen, nach Annahme von Frachtbrief und Gut die in solchem Reglement wegen falscher Deklaration vorgesehene Vertragsstrafe zu zahlen. Puchelt Komm. zum H.G.B. zu Art. 406 H.G.B. Anm. 7 u. 8; vgl. § 48 Abs. C § 50 Nr. 4 deutsch. E.B.Regl.

Entw. ausdrücklich bemerken, wenn der Gläubiger statt der noch möglichen Erfüllung die Strafe wählt, ihm nach dem § 420 verbunden mit § 240 Abs. 1 Entw. versagt ist, das Interesse wegen Nichterfüllung zu erlangen, soweit es sich höher als die Strafe beläuft. Einfacher könnte es in den Motiven heißen, daß dann der Gläubiger überhaupt nur die Strafe fordern kann. Denn ihm steht solchen Falls nach den bezeichneten Paragraphen, sobald die Hauptleistung seitens des Schuldners noch möglich, durchaus nicht die Wahl zwischen Interesseleistung und Strafleistung, sondern nur zwischen Hauptleistung und Strafleistung zu, so daß wenn der Gläubiger gemäß seinem Wahlrecht die erstere nicht geltend machen will, ihm nur der Anspruch auf die Strafleistung erübrigt.

Auf die durch die Nichterfüllung der Hauptleistung erzeugte Alternativobligation finden die allgemeinen Bestimmungen des Entwurfs über Alternativobligationen Anwendung. Nach § 208 ist die Wahl sowohl dann, wenn sie seitens des berechtigten Gläubigers dem andern Theile gegenüber erklärt ist, als auch dann vollzogen, wenn derselbe eine der Leistungen, sei es auch nur theilweise, angenommen hat, und von diesem Zeitpunkte an darf er nicht mehr variiren.[59])

Ferner geht nach § 210 Abs. 2 Entw. das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn der wahlberechtigte Gläubiger in Verzug kommt und nicht innerhalb einer ihm vom Schuldner gesetzten angemessenen Frist die Wahl vollzieht.

Nach § 369 Entw. hat ferner der Gläubiger, wenn die Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage in Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden, die Wahl, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder von dem Vertrage zurückzutreten. Wählt er das letztere, so kann er mithin — wenigstens der Regel nach — nicht zugleich Schadensersatz beanspruchen. Tauscht also hiernach der Gläubiger nach seinem eigenen Willen sein Recht auf Schadensersatz um das Rücktrittsrecht vom Vertrage ein, so kann er auch die Konventionalstrafe, welche nach § 420 Entw. das vertretende Aequivalent lediglich des Schadensersatzanspruchs ist, nicht fordern.[60])

---

59) Mot. zu § 420 Entw. Bd. 2 S. 276.

60) Mot. zu § 420 Entw. letzter Abs.

4. Strafabrede bezüglich zeitlicher oder örtlicher Nichterfüllung (§ 421 Entw.).

Der § 421 Entw. lautet: „Ist die Konventionalstrafe für den Fall, daß die Hauptleistung nicht in der bestimmten Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfolgen werde, und hierfür allein bedungen, so kann eintretenden Falls sowohl die Hauptleistung als auch die Strafleistung oder statt dieser Schadensersatz nach Maßgabe des § 420 verlangt werden. Hat in einem solchen Falle der Gläubiger die Hauptleistung angenommen, so kann er die Strafleistung nur dann fordern, wenn die Annahme unter Vorbehalt der Strafleistung erfolgt ist. Die letztere Vorschrift findet keine Anwendung, wenn der Gläubiger bei Annahme der Hauptleistung von seinem Rechte auf die Strafleistung oder von dem Eintritte der Voraussetzungen desselben nicht unterrichtet war."

Während der § 420 Entw. die Rechte des Gläubigers festsetzt, welcher sich für den Fall der Nichterfüllung der Obligationsleistung schlechthin eine Vertragsstrafe ausbedungen hat, hat der § 421 nur die Fälle im Auge, daß die Hauptleistung nicht in der bestimmten Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit erfolgen werde, sofern nur hierfür die Konventionalstrafe bedungen sei. Der Entwurf entscheidet sich in Uebereinstimmung mit dem gemeinen,[61]) preußischen[62]) und französischen Rechte[63]) dahin, daß solchen Falls der Gläubiger kumulativ Hauptleistung und Strafe fordern könne. Diese Bestimmung ist auch eine konsequente. Denn hier repräsentirt die Strafleistung nicht das Aequivalent der Nichterfüllung der ganzen Hauptleistung, vielmehr vermag hier die Leistung der Strafe die Existenz der Hauptschuld nur in denjenigen Momenten zu berühren, deren Werth für den Gläubiger in der Ausbedingung der Strafe sich ausdrückte.[64])

Der Entwurf entscheidet dann ferner im § 421 die Frage, ob bei vorbehaltloser Annahme der Hauptleistung in dem hier unterstellten Falle der Anspruch auf Konventionalstrafe erlösche. Soviel ist bereits ausgeführt, daß der Gläubiger im Falle des § 420, so-

---

[61]) Dernburg Pand. § 42 Note 12; Holzschuher Theorie und Kas. § 242 unter 2 b.

[62]) Förster-Eccius Pr. Prt. § 107 Note 52.

[63]) code civ. art. 1229 Abs. 2 Il (le créancier) ne peut demander en même temps le principal et la peine à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard.

[64]) Hölder in v. Holtzendorffs Rechtsl. Bd. 2 S. 544.

bald er zwecks Vollziehung der ihm zustehenden Wahlberechtigung die Hauptleistung angenommen hat, die Strafe nicht mehr fordern kann. Aber auch im Falle der kumulativen Berechtigung des Gläubigers nach § 421 Entw. soll die Annahme der Hauptleistung den Ausschluß des Anspruchs auf die Strafleistung zur Folge haben. Die letztere soll solchen Falls nur dann gefordert werden können, wenn die Annahme der Hauptleistung unter Vorbehalt der Strafleistung erfolgt. Es soll also bei schlechthin erfolgender Annahme der Hauptleistung ein Verzicht auf die Strafe präsumirt werden, und nur ein ausdrücklicher Vorbehalt der Strafe soll solche Präsumtion ausschließen, ebenso der Umstand, daß der Gläubiger bei Annahme der Hauptleistung von seinem Rechte auf die Strafleistung oder von dem Eintritte der Voraussetzungen desselben nicht unterrichtet gewesen ist. Letztere Vorschrift beruht auf dem allgemeinen Gesichtspunkte, daß die Präsumtion, daß man auf ein unbekannt gewesenes Recht habe verzichten können oder wollen, ausgeschlossen ist. Prozessualisch würde sich hiernach die Sache so gestalten. Dem Anspruche des Gläubigers auf die Konventionalstrafe wird der Schuldner die Einrede des in der Annahme der Hauptleistung gesetzlich liegenden Verzichts entgegensetzen. Der Gläubiger wird gegen solche Einrede entweder die Replik des Vorbehalts vorbringen[65]) oder gegenbeweislich darthun, daß er sein Recht auf die Konventionalstrafe oder den Eintritt von dessen Voraussetzungen nicht gekannt habe.

Was die Quellen des gemeinen Rechts anbetrifft, so ist in einem Erkenntniß des O.A.G. Jena[66]) überzeugend nachgewiesen, daß nach positiven Vorschriften die vorbehaltlose Annahme einer verspäteten Leistung einen Verzicht auf die vereinbarte Konventionalstrafe nicht in sich schließt. Nachdem hier die Argumente aus den wesentlichsten Stellen, welche für die Bejahung dieser Ansicht angeführt werden,[67])

---

[65]) Das R.O.H.G. (Entsch. Bd. 13 S. 14) und das Berliner OberTr. (Strieth. Arch. Bd. 30 S. 258 und Bd. 63 S. 74) waren entgegengesetzter Meinung darüber, ob es Sache des Konventionalstrafepflichtigen sei, neben der Thatsache erfolgter rechtlicher Annahme der vollen oder theilweisen Leistung auch den Mangel eines Vorbehalts der Strafe bei der Annahme, oder Sache des Berechtigten behufs Beseitigung der Folgerung aus der nachträglichen Annahme den geschehenen Vorbehalt zu beweisen. Vgl. auch Entsch. R.G. vom 17. April 1880 (Entsch. Bd. 2 S. 28).

[66]) in Seuff. Arch. Bd. 33 N. 215.

[67]) fr. 10 de eo, q. c. l. 13, 4; fr. 6 § 2 de l. c. 18, 3; const. 8 cod. de us. 4, 32; fr. 23 pr. D. de rec. 4, 8. Auf diese Stellen berufen sich Sintenis

kurz und treffend niedergelegt sind, wird schließlich bemerkt, es werde quaestio facti sein, ob in der Annahme einer verspäteten Leistung ein Verzicht auf die Konventionalstrafe liege oder nicht. Diese Rechtsauffassungen werden durch ein Urtheil R.G. vom 26. Juni 1883[68]) als richtig bestätigt.

M. E. wäre es wünschenswerth, daß das b.G. dem gemeinen Rechte folgte. Bei der von dem Entwurf getroffenen Entscheidung geräth derselbe mit dem grundsätzlich aufgestellten Doppelzweck der Konventionalstrafe in Konflikt, wonach sie nicht bloß ein Kompelle für rechtzeitige Erfüllung der Hauptverpflichtung sein, sondern auch zur Erleichterung und Sicherung des vom Gläubiger geltend zu machenden Interesse dienen soll. Letzterer Zweck würde aber beeinträchtigt werden, wenn im Falle des § 421 Entw. die Vertragsstrafe durch vorbehaltlose Annahme der Hauptleistung gemäß gesetzlicher Interpretationsregel — Präsumtion eines Verzichts — dem Gläubiger verloren ginge. Letzterer tritt dadurch, daß er die Hauptleistung annimmt und gleichwohl nachträglich die nicht vorbehaltene Vertragsstrafe noch fordert, nicht mit sich selbst in Widerspruch, auch handelt er nicht gegen Treu und Glauben; ihm kann, wie das R.G. a. a. O. treffend hervorhebt, nicht die Verpflichtung angesonnen werden, sich bei der Annahme der Hauptleistung darüber auszusprechen, ob er auch noch den ihm daneben zustehenden Anspruch auf die Strafe geltend zu machen beabsichtige. Auch enthält die Vertragsstrafe nicht einen odiösen Karakter, welcher die Präsumtion des Verzichts auf dieselbe im gegebenen Falle rechtfertigen könnte, sie ist durch freien Entschluß der Kontrahenten, nicht ratione vindictae vereinbart. Aber noch ein anderer Gesichtspunkt möchte dem Entwurf entgegen zu halten sein. Derselbe geht nämlich, wie auch die Motive Bd. 2 S. 17 ausdrücklich hervorheben, von dem allgemeinen Grundsatze aus, daß die materiell akzessorische Eigenschaft von Nebenrechten nicht ihrer formell selbständigen Geltendmachung im Wege steht. Mit Bezugnahme hierauf bemerken die Motive a. a. O.: Hiermit ist aber der in jedem

---

Civilr. § 38 S. 121 und Wolf, Lehre von der mora S. 320 ff. zwecks Bejahung der Frage.

[68]) Entsch. R.G. Bd. 9 Nr. 51 (S. 199) = Seuff. Arch. Bd. 38 Nr. 307; ferner die Urtheile O.A.G. zu Rostock in Seuff. Arch. Bd. 21 N. 226; ferner das R.O.H.G. vom 31. Mai 1878 daselbst Bd. 34 N. 194; Dernburg Pand. § 46 Note 12. A.M. im Anschluß an § 1429 sächs. b. Gesetzb. das O.A.G. Dresden durch Urth. vom 24. April 1865 (Seuff. Arch. Bd. 19 N. 137).

Falle nach den Umständen zu beantwortenden Frage in keiner Weise vorgegriffen, ob, wenn der Gläubiger das Kapital ohne Zinsen erhoben hat, hierin oder in der ertheilten Quittung ein Verzicht auf die letzteren zu erblicken ist. Wenn also ohne Festsetzung einer gesetzlichen Präsumtion vielmehr in jedem Falle die Umstände darüber entscheiden sollen, ob Zahlung der Hauptschuld auch eo ipso Zahlung der Zinsschuld involvirt, ist nicht abzusehen, weshalb nicht in adäquater Weise auch die Frage des etwaigen Einflusses der Bezahlung der Hauptschuld auf die Erlöschung der Vertragsstrafe als quaestio facti angesehen werden soll. Für letzteres spricht insbesondere, daß Zinsen und Vertragsstrafen im Entwurf auch sonst z. B. im § 1148 ganz gleich behandelt werden, auch nach § 55 K.O. mit der Kapitalsforderung an gleicher Stelle rangiren. Auch sonstige praktische Erwägungen sprechen dafür. Der Gläubiger wird bei Annahme der Hauptleistung in der großen Mehrzahl der Fälle die Konventionalstrafe gegenüber dem Schuldner nicht deshalb stillschweigend übergehen, weil er auf sein gutes Recht verzichten will, sondern meistens deshalb, weil er denkt, die Konventionalstrafe immer noch verlangen zu können und es für rathsam hält, die Hauptleistung nur erst anzunehmen und dem Schuldner hinsichtlich der Strafzahlung mittelst stillschweigender Befristung vorerst Ruhe zu gönnen. Häufig wird der Gläubiger in einer gewissen feinfühligen Geschäftskulanz dem mit der Zahlung der Hauptleistung bekundeten guten Willen des Schuldners gegenüber, allen seinen Verpflichtungen nachzukommen, sich nicht schroff bezeigen wollen und deshalb die Stellung eines ausdrücklichen Vorbehalts unterlassen. Sehr häufig wird auch bei Zahlung der Hauptleistung seitens des Gläubigers an die noch rückständige Zahlung der Konventionalstrafe, welcher der Schuldner in diesem Momente gar nicht sich zu entziehen beabsichtigte, aus reinem Versehen nicht gedacht. Später würde dann der Schuldner unter Berufung auf die gesetzliche Präsumtion des Verzichts sich einer vorher von ihm gar nicht bestrittenen Verpflichtung entziehen können, keineswegs ein wünschenswerthes Resultat! Nach Allem bedurfte es keiner besondern gesetzlichen Regelung der angeregten Streitfrage. Wenn, wie bezüglich der Zinsen, in den Motiven darauf verwiesen wäre, daß sie als quaestio facti, nicht als quaestio juris anzusehen, so würde das vollkommen ausreichen.

Bei Aufrechterhaltung der übrigens dem § 307 A.L.R. I. 5 entsprechenden Vorschrift des Entwurfs möchte redaktionell eine Abkürzung

zu empfehlen sein, nämlich die, daß statt der Worte: „Diese letztere Vorschrift findet keine Anwendung“ einfach das Wort „oder“ hinter „erfolgt ist“ gesetzt wird. Es würde dadurch deutlicher hervortreten, daß die Replick des Vorbehalts und der bemerkte Gegenbeweis gleichsam auf einer Stufe stehend die Entkräftung der Einrede des Verzichts herbeiführen.

5. Theilweise Nichterfüllung der Hauptobligation in den Fällen der §§ 420 und 421 Entw.

Der Entwurf enthält keine besondere Bestimmung darüber, ob, wenn sich der Schuldner in den Fällen der §§ 420 und 421 nur theilweise Nichterfüllung bezw. theilweise nicht gehörige Erfüllung zu Schulden kommen läßt, der Gläubiger die ganze Konventionalstrafe oder nur einen Theil derselben verlangen darf. Die Motive zu § 421 Entw. geben aber eine ausreichende Direktive, indem sie darauf verweisen, daß sich diese Frage nach dem Inhalte des Vertrages entscheide, andernfalls werde davon auszugehen sein, daß der Gläubiger auch bei theilweiser Nichterfüllung die ganze Vertragsstrafe zu fordern berechtigt sein solle. Es entsprechen diese Grundsätze dem gemeinen Rechte.[69])

Als eine Besonderheit des preußischen Rechts ist noch hervorzuheben, daß nach § 296 A.L.R. I. 5 bei theilweiser Erfüllung nicht die Konventionalstrafe, sondern nur das Interesse gefordert werden kann. Das gilt im Gebiete des A.L.R. für handelsrechtliche und nicht handelsrechtliche Fälle, weil der § 284 H.G.B. in dieser Beziehung keine Vorschriften enthält.[70]) Auch über die mit Rücksicht auf den Art. 398 H.G.B. in Betracht kommende Frage, ob bei verspäteter Ablieferung nur eines Theiles des Frachtgutes neben dem dadurch erwachsenden Schaden die für solchen Fall bedungene Konventionalstrafe nur theilweise verlangt werden könne, hat das H.G.B. keine Entscheidung getroffen. Dieselbe ist daher je nach der zu erforschenden Absicht der

---

[69]) Windscheid Pand. § 285 Nr. 2; Holzschuher Theorie und Kas. § 242 zu 4; l. 47 D. 19, 1; l. 9 § 1 D. 2, 11; Erk. O.A.G. Lübeck vom 6. Juni 1846 (Seuff. Arch. Bd. 2 N. 277). Hier ist mit Recht erkannt, daß wenn ein Geschäftsreisender sich auf 3 Jahre engagiren lasse und sich verpflichte, jährlich für 6000 Thlr. Geschäfte zu liefern, andernfalls aber 875 M. Strafe zu zahlen, letztere schon beim Vorhandensein von Lieferungsrückständen im ersten Kontraktsjahre beansprucht werden können.

[70]) Puchelt Komm. zum § 284 H.G.B. unter 2 Abs. 2 u. 3; Entsch. R.O.H.G. XIV. Nr. 87 S. 267.

Parteien über Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Sendung nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden.[71])

6. Verwirkung der Konventionalstrafe.

a. Allgemeine Voraussetzungen der Verwirkung. Klagsubstanziirung.

Das gemeine Recht geht dahin: Zur Verwirkung der Vertragsstrafe ist Arglist oder irgend welcher Grad von Verschulden bei Nichteinhaltung der Vertragspflichten nicht erforderlich, wenn nicht nach der konkreten Gestaltung des Einzelfalls der Wille der Parteien dahin gerichtet gewesen. Es ist vielmehr wie bei der Klage auf die versprochene Leistung zur Begründung des Anspruchs auf die Konventionalstrafe außer der darzulegenden Entstehung der Hauptobligation nur die Behauptung des Strafversprechens, und wenn eine Unterlassung unter Strafe gestellt ist, auch der Zuwiderhandlung erforderlich. Der Mangel der Verschuldung kann nur als Befreiungsgrund von dem Eintritt der Konventionalstrafe in Frage kommen.[72])

---

[71]) Puchelt Komm. zu § 398 H.G.B. Anm. 4.

[72]) Urtheile des OberTr. zu Berlin vom 7. Dezember 1874 und 18. Januar 1876 in Seuff. Arch. Bd. 31 N. 131 u. 322 und im Wesentlichen übereinstimmend: Entsch. R.G. vom 29. Januar 1887 (Entsch. R.G. Bd. 20 N. 7). Nicht zu billigen sind hiernach die Urtheile O.A.G. Kassel von 1837, 1841 und 1847 in Seuff. Arch. Bd. 3 N. 37, soweit darin nur vorsätzliche oder schuldvolle Verweigerung der Hauptverbindlichkeit als die Klage auf Konventionalstrafe begründend anerkannt wird und das Urtheil desselben Gerichtshofes von 1862 (Seuff. Arch. Bd. 16 N. 205). In letzterem wird jedoch eine andere Auffassung bezüglich solcher Verträge vorbehalten, aus denen zu ersehen ist, daß die Vertragsstrafe unabhängig von jeder Verschuldung des Promittenten allein an die Thatsache der Nichtleistung geknüpft worden ist. Neuerdings hat sich auch ein Urth. des O.L.G. Rostock vom 31. Mai 1886 in Seuff. Arch. Bd. 43 N. 105 dahin ausgesprochen, daß zwar die Mehrzahl der Schriftsteller zur Verwirkung der Strafe eine Verschuldung des Verpflichteten nicht voraussetzen, daß jedoch, wie Keller (Pand. Ausg. Friedberg § 225 S. 446) zutreffend hervorhebe, die Verschiedenheit der Auffassung und Behandlung der Vertragsstrafe nach den Quellen des r. Rechts, je nachdem das Akzessorische, die Strafe mit einem gewissen Bedürfnisse von Zurechnung, das mittelbar Zwingende, oder aber das Prinzipale, Befriedigende, (durch Umsatz) Vergütende, gleichsam nur durch eine Bedingung suspendirt vorherrsche, sich sehr wohl aus der Verschiedenheit der Anwendungsfälle erklären lasse. Da es sich nun in concreto nur um eine reine Strafe handele, durch welche der Zwang zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit verstärkt werden solle, so könne die Strafe erst dann als verfallen gelten, wenn die Beklagten sich nicht genügend zu entschuldigen ver-

Preußisches Recht.

Nach A.L.R. wird bei Einklagung der Vertragsstrafe zwar nach dem Verschulden des Promittenten, nicht aber nach dem Grade des Verschuldens gefragt, wenn die Parteien nicht ein Anderes verabredet haben, obgleich das Interesse nach der technischen Bedeutung im A.L.R. nur bei Vorsatz oder grobem Versehen gefordert werden darf.

b. Wann ist die Konventionalstrafe verwirkt?

Gemeines-Recht.

Zwecks Beantwortung dieser Frage werden nach gemeinrechtlicher Doktrin drei Fälle unterschieden:

1. es sollen Unterlassungen durch die Konventionalstrafe versichert werden,
2. die Hauptobligation geht auf ein Thun und für dies Thun ist eine bestimmte Zeit vorgeschrieben,
3. für das Thun ist keine bestimmte Zeit vorgeschrieben.

Im ersten Falle verfällt die Konventionalstrafe nach gemeinem Recht unbestrittener Maßen und naturgemäß bei jeder Zuwiderhandlung des Schuldners.[73])

Ebenso verfällt die Hauptleistung und damit auch die Strafe nach gemeinem Rechte im zweiten Falle unbestrittener Maßen gemäß

möchten. Hiergegen ist einzuwenden, daß die Konventionalstrafe, wie ausgeführt, nicht den reinen Strafkaratter hat, ferner nicht als bloßes bedingtes Strafversprechen anzusehen, daß es auch nicht von dem konkreten Einzelfalle abhängen kann, ob die Strafe als accessorium der Hauptverbindlichkeit aufzufassen oder nicht, vielmehr hierüber ein festes Prinzip bestehen muß und daß, wie das R.G. a. a. O. hervorgehoben hat, die Entschuldigungsgründe des Verpflichteten nur als Befreiungsgründe in Betracht kommen können.

[73]) l. 122 § 6 de v. o. 45, 1; Erk. Ob.Tr. Berlin vom 12. Oktober 1860 in Seuff. Arch. Bd. 15 N. 15. In einem Urth. O.A.G. Lübeck (Seuff. Arch. Bd. 6 N. 171) und von Holzschuher (Th. u. Laf. § 242 zu 3), welcher sich auf dies Urtheil beruft, wird behauptet, ein Entgegenhandeln gegen einen Vertrag sei aber nicht schon dann anzunehmen, wenn nur ein „non rite adimplere contractum“, insbesondere nur die qualitative Unvollkommenheit einer an sich erfolgten Leistung dem Schuldner zur Last falle. Der Fall lag so: A. hatte bei Strafe die Stellung von 22 Mann zu einer Konzertaufführung versprochen, stellte aber nur 18 Mann. Das Konzert fand jedoch in dieser geringern Besetzung und deshalb nicht in der gehörigen Tonfülle statt. Jedoch scheint es mir in diesem Falle richtiger, statt mit v. Holzschuher zu sagen, die Strafe sei nicht verwirkt, dahin zu argumentiren, sie sei zwar an sich verwirkt, der Gläubiger habe jedoch statt die Strafe zu fordern, die, wenn auch unvollkommene Hauptleistung angenommen und damit unter Verlust der Strafleistung sein Wahlrecht vollzogen.

der Regel „Dies interpellat pro homine“ mit dem Ablaufe des vorbezielten Termins, sobald die Leistung bis dahin nicht erfolgte.[74])

Was den dritten Fall anbetrifft, so wird zwar vereinzelt in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis die Ansicht vertheidigt, zur Verwirkung der Konventionalstrafe sei erforderlich, daß der Schuldner zuvor zur Vertragserfüllung aufgefordert und von da so viel Zeit verstrichen sei, als zur Bewerkstelligung der Erfüllungshandlung nach billigem Ermessen genüge.[75]) Die herrschende Doktrin und Praxis geht aber dahin, daß eine Inverzugsetzung des Schuldners nicht erforderlich sei, daß der Strafverfall entweder sofort[76]) oder wenigstens dann eintritt, wenn die Leistung eine so lange Zeit unterblieb, daß sie nach vernünftigem Ermessen während desselben wohl hätte erfolgen können, indem dem Schuldner ein modicum tempus eingeräumt wird, wenn sofortige Leistung unmöglich oder zur Bewerkstelligung derselben Anstalten und Vorbereitungen erforderlich sind.[77])

---

[74]) Streitig ist hier nur, ob nicht wenigstens in dem Falle, wenn es vor dem Termine bereits sicher ist, daß dasjenige, was gethan werden solle, nicht mehr vollbracht werden könne, die Strafe bereits mit dem Eintritte dieser Gewißheit verfalle. Die Frage ist bejaht in l. 113 pr. D. de v. o. 45, 1 und verneint in l. 124 D. eod. und l. 10 § 1 D. si quis caut. 2, 11, ferner in dem Erk. O.A.G. Lübeck vom 6. Juni 1846 in Seuff. Arch. Bd. 2 N. 278 Abs. 1. Die letztere Ansicht ist die der spätern römischen Juristen und auch die dem Vertrage mehr entsprechende. Dernburg Pand. § 46 Note 8.

[75]) So in den Erkenntnissen des O.A.G. zu Kassel von 1837, 1841 u. 1847 in Seuff. Arch. Bd. 3 N. 37. Unter Bezugnahme auf diese Erkenntnisse spricht sich ähnlich ein Erk. des O.A.G. Darmstadt vom 21. Sept. 1867 in Seuff. Arch. Bd. 21 N. 225 dahin aus, die Ansicht verschiedener Rechtslehrer, daß nach §§ 115, 2 D. de v. o. 45, 1 die Konventionalstrafe da, wo ein positives Thun versprochen und keine Zeit dafür bestimmt worden, dann verwirkt sei, wenn die Leistung nicht erfolgt sei, obgleich sie hätte erfolgen können, sei nicht zu billigen, es erscheine vielmehr die von Glück Kom. Bd. 4 S. 540 angenommene Meinung, daß die Strafe dann verwirkt sei, sobald sich der Promittent einer solchen Zögerung schuldig mache, daß dem Promissar entweder die Erfüllung des Vertrages nichts mehr nütze, oder ersterer doch der geschehenen Interpellation ungeachtet, die Erfüllung des Versprechens so lange anstehen lasse, daß der Promissar gegen ihn zu klagen genöthigt sei, als die richtige.

[76]) Z. B. wenn ein Darlehensschuldner etwas verspricht, ohne daß über die Rückzahlungsfrist etwas ausgemacht wird. Windscheid Pand. § 285 Anm. 3.

[77]) Erkenntnisse O.A.G. zu Lübeck (verf. von der Juristenfak. zu Leipzig) vom 10. März 1851 in Seuff. Arch. Bd. 6 N. 172 und vom 26. Februar 1842 ebenda Bd. 9 N. 32. l. 115 § 2 D. 45, 1, l. 23 D. 44, 7 u. const. 12 cod. 8, 38.

Preußisches und französisches Recht.

Das A.L.R. I. 5 § 305 bestimmt bezüglich Verwirkung der Konventionalstrafe: „Wenn nicht ein Anderes verabredet worden, ist die Strafe verfallen, sobald der Verpflichtete sich einer Zögerung schuldig macht." Das wird so ausgelegt, die Strafe sei verfallen, sobald der Verpflichtete nicht geleistet habe, wie er nach dem Vertrage leisten solle. Darnach soll nur, wenn eine Erfüllungszeit nicht festgesetzt ist, Mahnung und die Feststellung, daß der Schuldner nicht erfüllen wolle, erforderlich sein, sonst soll es der Mahnung nicht bedürfen.[78])

Der code civil bestimmt im Art. 1230 bezüglich der Verwirkung der Vertragsstrafe:

„Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doive être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure[79]) und ganz allgemein bezüglich der obligations de ne pas faire in Art. 1145: „Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les dommages et intérêts pur le seul fait de la contravention.

Entwurf b. G. Art. 422.

Der Entw. b. G. entscheidet den in obiger gemeinrechtlicher Darstellung unter 1 erwähnten Fall, daß Unterlassungen durch die Konventionalstrafe versichert werden sollen, in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte dahin, daß die Strafe mit der Zuwiderhandlung und mithin, wie auch die Motive hervorheben, ohne Rücksicht auf ein hierbei unterlaufendes Verschulden des Schuldners verwirkt sei. In allen andern Fällen soll sie aber erst verwirkt sein, wenn der Schuldner in Verzug kommt und ihm somit eo ipso ein Verschulden zur Last fällt. Denn kein Verzug ohne Verschulden des Schuldners.[80])

---

[78]) Förster-Eccius Pr. Prt. § 107 Note 50.

[79]) Ausdrückliche Verweigerung der Erfüllung befreit aber die Gegenpartei von Verzugsetzung. Puchelt Komm. zu § 284 H.G.B. unter 2 Abs. 4 und das das. zitirte Urth. R.G. in S. Steiner C. Müller vom 19. Mai 1882 Rep. 2 31/82.

[80]) Letzterer Grundsatz wird auch nach der herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin anerkannt. Vangerow Leitf. § 588 Anm. 1. Auszuscheiden sind daher alle Fälle, wo zwar seitens des Schuldners eine Entschädigung für die thatsächliche Verzögerung einer Leistung schon nach dem Vertragsinhalte selbst bezahlt werden muß, nach der Natur des Rechtsverhältnisses also eine mora im recht-

Es fragt sich nun, wann kommt der Schuldner in Verzug? Nach § 245 Abs. 1 Entw. ist Voraussetzung des Verzugs stets Fälligkeit der Forderung. Außerdem ist Mahnung des Schuldners erforderlich. Mahnung wird nicht verlangt, wenn die Leistungszeit kalendermäßig bestimmt oder bestimmbar ist (§ 245 Abs. 2 Entw.). Hier gilt also der Grundsatz: Dies interpellat pro homine.[81]) Unter Mahnung ist nach § 245 Entw. die Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die Leistung zu bewirken, welche Aufforderung auch stets in der Klageerhebung und Zustellung des Zahlungsbefehls liegt, zu verstehen, sie ist also als ein einseitiges Rechtsgeschäft des Gläubigers gegenüber dem Schuldner aufzufassen.[82])

Wann aber liegt Fälligkeit der Forderung vor? Die Entscheidung dieser Frage wird durch den unter den Abschnitt über die Anspruchsverjährung fallenden § 158 Abs. 1 Entw. getroffen. Darnach ist Fälligkeit derjenige Zeitpunkt, in welchem die Befriedigung des Anspruchs rechtlich verlangt werden kann. Es soll mit dieser Definition, wie die Motive[83]) hervorheben, unter Verwerfung der der frühern Doktrin geläufigen Rechtsverletzungstheorie klar gestellt sein, daß es lediglich darauf ankommt, wann nach der Natur des Anspruchs an sich, nicht wann thatsächlich Befriedigung angesprochen werden kann. Darnach tritt die Fälligkeit des persönlichen Anspruchs, wenn das Recht auf ein Thun gerichtet ist, mit der Entstehung desselben ein. Der Regel nach kann dann bei den meisten Obligationen grundsätzlich

---

lichen Sinne nicht denkbar ist. Beispiel: Die Vereinbarung, daß der Verfrachter auf die Abnahme der Ladung über die Löschzeit hinaus noch länger zu warten, die sog. Ueberliegezeit (Art. 595 Abs. 4, 596 Abs. 2 H.G.B.) gegen Vergütung des gesetzlichen Liegegeldes (Art. 595 Abs. 5 H.G.B.) auszuhalten habe. Dann handelt es sich lediglich um ein vertragsmäßiges Recht des Ladungsempfängers, gegen Entschädigungsgewährung die Frist der Ueberliegezeit, ebenso wie die voraufgegangene Löschzeit zu benutzen. Demnach qualifizirt sich das sog. Liegegeld gar nicht als Konventionalstrafe. Urth. R.O.H.G. vom 14. Dezember 1875 in Seuff. Arch. Bd. 32 Nr. 279.

[81]) Die erwähnte gemeinrechtliche Kontroverse darüber, ob die Strafe bei der bereits eingetretenen Gewißheit der Leistungsunmöglichkeit nicht schon vor dem Eintritt des Kalendertags verwirkt sei, ist nach § 231 Entw. verneinend zu entscheiden. Darnach ist, wenn für die Leistung eine Zeit bestimmt worden, im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger vor dieser Zeit die Leistung nicht fordern darf, also auch dann nicht, wenn sich schon vor dieser Zeit die Unmöglichkeit der Leistung herausgestellt hat.

[82]) Mot. Bd. 2 S. 58.

[83]) Mot. Bd. 1 S. 308.

sofortige und jederzeitige Befriedigung verlangt werden, wobei jedoch zu berücksichtigen, daß sofortige Befriedigung häufig wegen in concreto zu berücksichtigender Umstände nicht zu erwarten, namentlich wenn es nach der Natur der Leistung einer gewissen Zeit zur Vollendung derselben bedarf, oder wenn sie eine gewisse Vorbereitung seitens des Schuldners in Anspruch nimmt, oder wenn die sofortige Leistung dem obligationsmäßigen Interesse des einen oder andern Theils widersprechen würde. Dann tritt die Fälligkeit erst mit dem Zeitpunkte ein, mit welchem der Parteiintention entsprechend die rechtliche Möglichkeit der Leistung gegeben ist.[84]) Hiernach nähert sich der Entwurf bezüglich der Strafverwirkung in dem in Rede stehenden Falle, daß keine Zeit für die Erfüllung der in einem Thun bestehenden Hauptverbindlichkeit angegeben ist, am meisten dem preußischen und französischen Rechte und weicht vom gemeinen Rechte insofern ab, als zu der für dieses Rechtsgebiet lediglich erforderlichen Fälligkeit der Hauptobligation noch das weitere Erforderniß der Mahnung des Schuldners hinzutritt. Die erwähnten Grundsätze über den Eintritt der Fälligkeit der Hauptobligation gelten aber schon für das gemeine Recht.

VI. Einreden.

1. Einrede der Exkulpation wegen eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes, welcher die Unmöglichkeit der Leistung zur Folge hat.

Wenn auch an sich die Voraussetzungen des Verzuges vorliegen, so können doch nach Entstehung des Schuldverhältnisses Umstände eingetreten sein, welche die dauernde Unmöglichkeit der Leistung zur Folge haben und den Schuldner von der Verbindlichkeit befreien, vorausgesetzt, daß er sich dann exkulpirt mittelst des ihm obliegenden Nachweises nicht nur, daß die Unmöglichkeit der Leistung eingetreten sei, sondern auch daß die solchen Eintritt zur Folge habenden Umstände nicht von ihm zu vertreten gewesen (vgl. §§ 237 u. 239 Entw. u. Mot. dazu Bd. 2 S. 47 u. 48). Insbesondere kann nach § 241 Entw. der Schuldner sich auf einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand dann berufen, wenn er sich in Ansehung des Schuldverhältnisses in einem entschuldbaren Irrthum befunden hat und dieser Umstand die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt.[85])

---

[84]) Mot. zu § 231 Entw. Abs. 1.

[85]) Das gilt nicht nur für den Entw. b. G., sondern auch für das code

Vorausgesetzt wird hierbei aber immer, daß die betreffenden Umstände vom Schuldner nicht zu vertreten waren. Muß aber im Falle der Unmöglichkeit der Erfüllung einer Verbindlichkeit wegen eines von ihm zu vertretenden Umstandes Schadensersatz wegen Nichterfüllung geleistet werden (§ 240 Entw.), so treten ohne Weiteres die Rechtsfolgen der § 420 und 421 Entw. in Kraft. Das trifft auch dann zu, wenn für den Fall der Nichterfüllung oder nicht rechtzeitiger Erfüllung einer Verbindlichkeit aus einem zweiseitigen Vertrage eine Vertragsstrafe bedungen ist und über das Vermögen des Verpflichteten Konkurs eröffnet wird. Die Strafe verfällt dann auch nach Eröffnung des Konkurses, da gemäß § 15 K.O. nach der herrschenden und mit den Motiven zur K.O. übereinstimmenden Ansicht, wenn der Konkursverwalter die Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages ablehnt, der zur Zeit der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner und von dem andern Theile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, dem Gegenkontrahenten ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht, indem nach der Konkurseröffnung über das Vermögen des Beklagten auf die vertragsmäßige Hauptleistung selbst nicht geklagt werden kann.[86])

Streitig ist nach gemeinem Recht ferner, ob die Einrede der Exkulpation wegen nicht zu vertretenden Eintritts der Unmöglichkeit der Hauptleistung dem Schuldner außer bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung, auch bei unverschuldeter Unmöglichkeit rechtzeitiger Erfüllung zu Gute komme. Diese Frage wird nach der richtigen Ansicht bejaht.[87]) Die Einhaltung der Frist muß jedoch entweder wegen eines unübersteiglichen, faktischen Hindernisses unmöglich oder ohne Hintan-

---

civil (Art. 1148) und das gemeine Recht. Für letzteres müssen solche Grundsätze insbesondere auch diejenigen gelten lassen, welche zur Verwirkung der Konventionalstrafe mora des Schuldners für erforderlich halten. Denn auch gemeinrechtlich wird die mora ausgeschlossen, wenn der Schuldner aus entschuldbarer Unkenntniß der Schuld oder ihres Betrages und wohlbegründetem Zweifel über die Existenz oder Person des Gläubigers die Leistung verzögert. Windscheid Pand. § 277 Note 3, Urth. A.G. Celle vom 3. November 1874 in Seuff. Arch. Bd. 35 N. 249, Urth. R.O.H.G. vom 30. Oktober 1874 in Seuff. Arch. Bd. 31 N. 19.

[86]) Urth. R.G. vom 8. März 1888 (Entsch. Bd. 21 N. 2) entgegen der Ansicht Fittings (Reichs-Konk.R. S. 39, 40, 91 u. 92 Note 18), daß in dem im Text bemerkten Falle der Gegenkontrahent des Gemeinschuldners Entschädigung nicht beanspruchen könne und deshalb der Verfall der Strafe nach Eröffnung des Konkurses nicht eintrete.

[87]) Dernburg Pand. § 46 Note 4.



setzung einer höhern rechtlichen oder sittlichen Pflicht nicht ausführbar gewesen sein. Solchen Falls kommen nach heutigem Recht bezüglich der Exkulpation des Strafpflichtigen nicht die Grundsätze des römischen Rechts über die negotia stricti juris (l. 77 de v. obl. 45, 1 und l. 9 de naut. foen. 22, 2) vielmehr die milderen bezüglich der negotia bonae fidei gegebenen Vorschriften (l. 2 § 1, l. 4 pr. § 1 si quis caut. 2, 11, l. 21 § 9 de rec. 4, 8) zur Anwendung.[88]) Vom Standpunkt des Entw. ist gemäß § 237 und Mot. dazu Abs. 2 davon auszugehen, daß, wenn nach der besonderen Beschaffenheit des in Frage kommenden Schuldverhältnisses eine nur vorübergehende vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, derselbe zur Zeit befreit wird und während der bezüglichen Zeitdauer nicht in Verzug kommt, so daß bis zum etwaigen Wiedereintritt der Möglichkeit der Leistung auch die daran geknüpfte Konventionalstrafe nicht verfallen kann.[89]) Hierher gehört auch die dem Frachtführer gegen den Anspruch auf die wegen verspäteter Ablieferung des Frachtguts durch § 399 H.G.B. verstattete Einrede, daß er die Verspätung durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht habe abwenden können. Er muß also die Ursache der Verzögerung aufklären und zeigen, daß auch dem ordentlichen Frachtführer die Abwendung der Versäumung der Lieferungszeit und der damit zusammenhängenden Transportverzögerung nicht möglich war, kurz, daß von diesem Standpunkte aus eine gewisse objektive, kasuelle Unmöglichkeit der Einhaltung der Lieferungszeit vorliege.[90])

2. Einrede der Erlöschung der Strafobligation und Einrede des dolus nach § 423 Entw.

Der § 423 Entw. statuirt als fernere Einreden:

a) die Einrede der Erlöschung der Strafobligation,

b) die Einrede des dolus.

Erstere wird vom Entwurf dahin formulirt: „Ist die Verbindlichkeit, deren Nichterfüllung das Recht auf die Strafe be-

[88]) Erk. O.A.G. Rostock vom 3. März 1869 in Seuff. Arch. Bd. 27 N. 18. Dagegen läßt Windscheid Pand. § 285 Note 10 unter Verweisung auf die bemerkten, das strenge Recht enthaltenden Stellen unverschuldete Unmöglichkeit rechtzeitiger Erfüllung dem Schuldner im Zweifel nicht zu Gute kommen.

[89]) Auch nach gemeinem Recht schiebt die zeitige Unmöglichkeit die Leistung so lange auf, bis sie gehoben ist. l. 98 § 8 de sol. 46, 3 in dem Beispiel: Nec simili argum. etc.; Sintenis Civilr. § 106 Note 34.

[90]) Puchelt Komm. zu Art. 397 H.G.B. in Anm. 5 und zum Art. 399 H.G.B.

gründen würde, erloschen, ohne daß die Strafe vorher verwirkt war — — —, so kann die Strafe nicht verlangt werden." Diese Bestimmung ist nur eine Konsequenz des Prinzips der materiellen Abhängigkeit der Vertragsstrafe von der Hauptobligation.[91]) Es würde ganz außerhalb der Natur und des Zwecks der Strafstipulation liegen, wenn darin die Absicht der Kontrahenten mitenthalten wäre, die Hauptverbindlichkeit dem Einfluß gesetzlich anerkannter Aufhebungsgründe entziehen zu wollen. Deshalb kann nicht nur dann, wenn nach § 424 Entw. die Unwirksamkeit der Hauptverbindlichkeit bereits feststeht, sondern auch dann, wenn sie in Folge Vorschützung irgend welcher rechtsbegründeten Einrede erst festgestellt wird, die damit verknüpfte Strafe nicht gefordert werden. Die Einrede der Erlöschung der Strafobligation schlägt aber nur dann durch, wenn die Strafe vorher nicht verwirkt war, denn war sie bereits verwirkt, so hat sie damit den Karakter eines selbständigen, von der Hauptobligation ganz unabhängigen und damit auch zessibeln Rechts angenommen.[92])

Die Einrede des dolus anlangend, so liegt dieselbe nach § 223 Entw. 2. Satz dann vor, wenn die Nichterfüllung der Verbindlichkeit vom Gläubiger selbst verschuldet ist. Auch hier ist die Voraussetzung, daß die Strafleistung nicht schon vorher verwirkt war.[93]) In dem Entwurf gelangt es nicht recht zum Ausdrucke, daß letztere Voraussetzung sich nicht nur auf die erst erwähnte Einrede der Erlöschung, sondern auch auf die exceptio doli bezieht. Deshalb dürfte folgende Redaktion des § 423 Entw. zu empfehlen sein: „Ist die Verbindlichkeit, deren Nichterfüllung das Recht auf die Strafe begründen würde, erloschen oder ist die Nichterfüllung der Verbindlichkeit von dem Gläubiger verschuldet, so kann die Strafe nicht verlangt werden, sofern dieselbe nicht schon vorher verwirkt war."

Auch da, wo der Schuldner zwar theilweise erfüllt hat, die Nichterfüllung des Restes der Hauptleistung aber vom Gläubiger verschuldet ist, kann die Strafe, insoweit dieselbe noch für die rückständige Leistung verabredetermaßen zu zahlen ist, nicht verlangt werden.[94])

---

[91]) Vgl. Seuff. Arch. Bd. 17 N. 18.

[92]) Förster-Eccius Pr. Prt. § 107 Note 26.

[93]) So auch nach gemeinem Recht, Sintenis Civilr. § 88 Note 35.

[94]) Urth. R.G. vom 17. April 1880 (Entsch. Bd. 2 N. 9). Der Fall, eine Handelssache, lag hier so: Der Lieferant eines Quantums Hölzer hatte für jeden Tag der Verspätung 5 Thlr. Vertragsstrafe zugesichert. Die Hölzer wurden nur zum Theil geliefert. Der Käufer nahm solche Theillieferung an, benachrichtigte

Anders liegt der Fall, wenn der Vertrag die Leistung mehrerer Gegenstände an einem Tage mit der Strafabrede für den Fall nicht rechtzeitiger Lieferung zum Gegenstande hat. Hindert dann der Gläubiger die eine Leistung, so ist der Schuldner dadurch nicht an sich von der Beschaffung der andern befreit. Fordert demnach der berechtigte Gläubiger solchen Falls die Strafe wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung der Leistung A, so kann ihm nicht entgegen gehalten werden, daß er die Verzögerung der Leistung B verschuldet habe, es sei denn, daß die verschiedenen Leistungen in einer solchen Beziehung zu einander stehen, daß sie als eine einzige Leistung aufzufassen sind, oder daß das Verschulden des Gläubigers, welches sich zunächst nur auf eine Leistung bezog, auch die Verzögerung der andern Leistung verursacht hat. Es wird also, wenn die Leistungen an sich nicht unbedingt ein Ganzes bilden, ferner zu prüfen sein, wie weit das Verschulden des Forderungsberechtigten sich thatsächlich als wirksam erweist.[95])

VII. Beweislast.

Der § 425 Entw. lautet:

„Wird die Strafe gefordert, weil die in einem Thun bestehende Hauptleistung nicht oder nicht in der bestimmten Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, bewirkt ist, so liegt dem Schuldner der Beweis ob, daß die Leistung dem Vertrage gemäß bewirkt ist."

Dieser Paragraph übergeht die Regelung der Beweislast für den Fall, daß die Hauptverpflichtung in einem Unterlassen besteht. Denn solchen Falls ist es klar, daß der die Strafe einfordernde Kläger außer der Entstehung der Hauptobligation und der Strafabrede die obligationswidrige Handlung des Schuldners beweisen muß, da ohne letztere das Recht auf die Konventionalstrafe nicht entsteht. Handelt es sich aber um die Nichtbewirkung oder nicht gehörige Bewirkung

den Verkäufer, daß er sich das Fehlende selbst für dessen Rechnung beschaffen werde und behielt sich den Anspruch auf Konventionalstrafe sowohl wegen Verspätung des Gelieferten, wie für die Zeit bis zur anderweiten Anschaffung des Fehlenden vor. Hier hat das R.G. den Anspruch auf die seit dem Zeitpunkte der Annahme der Theillieferung laufende Konventionalstrafe trotz des bemerkten Vorbehalts für unbegründet erklärt und zwar deshalb, weil der Käufer beim Vertrage im Sinne des Verlangens der Lieferung der Rückstände hätte stehen bleiben müssen, derselbe aber durch die bemerkte Erklärung, daß er sich das Fehlende selbst für des Verkäufers Rechnnng anschaffen würde, dem Verkäufer die Fortsetzung der Hauptleistung und damit die Möglichkeit abgeschnitten habe, durch die fernere Restlieferung das Fortlaufen der Konventionalstrafe abzuwenden.

[95]) Urth. R.O.H.G. vom 14. Mai 1877 in Seuff. Arch. Bd. 34 N. 193.

einer in einem Thun bestehenden Hauptleistung, so wird dadurch die Entscheidung der Frage veranlaßt, ob der Gläubiger die Nichtleistung oder der beklagte Schuldner einredeweise die vertragsgemäße Erfüllung beweisen muß. Der Entwurf geht behufs Beantwortung dieser Frage ausweislich der Motive zu §§ 193—195 (Bd. 1 S. 383) nicht von der immer mehr veralteten Ansicht aus, daß das Nichtvorhandensein von Thatsachen grundsätzlich nicht bewiesen zu werden brauche; oder daß, wenn beide Theile über ein und dasselbe Moment der gesetzlichen Grundlage des Prozesses entgegengesetzte Behauptungen aufstellen, in der Regel der Bejahende, nicht der Verneinende zu beweisen habe.[96]) Die durch den § 425 getroffene Regelung der Beweislast[97]) beruht vielmehr auf dem richtigen Satze, daß wenn kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäftes an die Nichterfüllung eines positiven Schuldverhältnisses geknüpfte Rechtsfolgen geltend gemacht werden, der Gläubiger nicht die Nichterfüllnng, sondern der Schuldner die Erfüllung zu beweisen habe.[98]) Denn es steht, wenn nur die Entstehung der Forderung erbracht ist, bis zum Beweise des Gegentheils fest, daß dieselbe noch gegenwärtig besteht, also unerfüllt geblieben ist.[99]) Gemäß Obigem ist, so oft es sich um die vertragsmäßig unter Strafe gestellte Nichtbewirkung einer in einem Thun bestehenden Hauptleistung handelt, der Gläubiger nur gehalten, die Entstehung der Hauptobligation und die Strafabrede selbst zu beweisen. Selbstverständlich ist aber dadurch die Pflicht des Gläubigers nicht beseitigt, ein Mehreres zu beweisen, wenn er hierzu nach dem Inhalte des Hauptvertrages verpflichtet ist. Das trifft namentlich für zweiseitige Verträge zu, wenn nach deren Inhalte oder nach ausdrücklicher Abrede der Gläubiger zur Vorleistung oder überhaupt zu einer besondern ihm obliegenden Leistung verbunden ist. Dann muß derselbe, wenn der Gegenkontrahent die exceptio non rite adimpleti contractus vorschützt, auch beweisen, daß er die Vorleistung bezw. die ihm obliegende Leistung bewirkt habe.[100])

---

[96]) So das Urth. O.A.G. Dresden von 1851 in Seuff. Arch. Bd. 8 N. 121.

[97]) Entgegengesetzt hat das O.A.G. Jena in einem Urth. vom 25. September 1857 (Seuff. Arch. Bd. 12 N. 143) von der irrigen Theorie ausgehend, daß die Verabredung der Konventionalstrafe wesentlich den Karakter eines bedingten Vertrages an sich trage, die Frage entschieden. Als bedingter Vertrag ist sie aber nachgewiesenermaßen nach dem Standpunkt des Entwurfs nicht aufzufassen; deshalb enthält der § 425 auch nicht, wie Katz „Erläuternde Anmerkungen zum Entw. b. G." Anm. 1 zu § 425 Entw. meint, eine Ausnahme vom § 197.

[98]) Mot. a. a. O. Abs. 2.

[99]) Windscheid Pand. § 286 in Anm. 19.

[100]) Entw. § 366 u. Mot. dazu.

VIII. Höhe der Konventionalstrafe.

Nach dem geltenden Reichsrechte einschließlich des Handelsrechts[101]) gilt bezüglich der Höhe der Konventionalstrafe vorbehaltlich des Wuchergesetzes vom 24. Mai 1880, wonach auch die in der Form der stipulirten Konventionalstrafe gegen die §§ 302a und 302b St.G.B. verstoßenden Verträge nach Art. 3 desselben für ungültig erklärt worden; der Grundsatz der Vertragsfreiheit mit Ausschluß des richterlichen Ermäßigungsrechts,[102]) insbesondere unterliegen Konventionalstrafen, welche für die unterlassene Zahlung eines Darlehns oder einer sonst kreditirten Forderung zu leisten sind, nach § 1 des Ges. betr. die vertragsm. Zinsen vom 14. November 1867, dessen gänzliche Aufhebung übrigens durch § 21 des Einführungsges. zum b. G. B. beabsichtigt wird, der freien Vereinbarung. Demnach ist auch die Vereinbarung der Zahlung von Zinseszinsen für den Fall des Verzuges in Zahlung der Zinsen — falls solche Abrede nicht unter das Wuchergesetz fällt — als Konventionalstrafe für gültig zu erachten, mithin nicht als Anatozismus anzusehen, für welchen § 4 des zit. Reichszinsengesetzes in Betracht zu ziehen.[103]) Auf den gleichen Standpunkt bezüglich der Höhe der Konventionalstrafe wie das heutige gemeine Recht stellt sich auch der Entw. b. G. (vgl. Mot. ad § 421, Abs. 5 und § 358 Entw.) Der § 358 Abs. 2 Entw. erklärt jedoch die im Voraus getroffene Abrede, daß fällig werdende Zinsen im Falle der Nichtzahlung wieder Zinsen tragen sollen, für nichtig. Diese Frage wird also nach dem Entw. b. G. entgegengesetzt, als in dem in Anm. 103 erwähnten Celler Urtheil nach der gemeinrechtlichen Praxis entschieden. — Dagegen ist die Vereinbarung von Zinsen aus rückständigen Zinsen nach § 358 Abs. 1. Entw. gültig.

---

[101]) Art. 284 Abs. 1 H.G.B.

[102]) Urth. A.G. Celle in Seuff. Arch. Bd. 26 N. 120. Ein richterliches Strafermäßigungsrecht tritt nach § 301 A.L.R. I. 5 dann ein, wenn die Strafe das Doppelte des Interesses übersteigt, welche Vorschrift durch die neuere Gesetzgebung noch nicht ganz beseitigt ist. Förster-Eccius Pr. Prt. § 107 bei Note 30 u. 31, ebenso nach Art. 1231 code civil im Falle theilweiser Erfüllung der Prinzipalobligation.

[103]) Erk. A.G. Celle vom 5. November 1878 (Seuff. Arch. Bd. 35 N. 104). Nicht jedoch ist durch das Reichszinsengesetz das gemeinrechtliche, auch nach § 33 I. 20 A.L.R. bestehendes Verbot der lex commissoria beim Pfandvertrage beseitigt, da letztere zwar ebenso wie die Vertragsstrafe als Kompelle dient, jedoch nicht Interessefixirung des Gläubigers bezweckt, vielmehr seine völlige Befriedigung mittelst Pfandverwirkung. Urth. Ob.Tr. Berlin vom 30. März 1871 (Seuff. Arch. Bd. 29 N. 114).

IX. Reugeld.

Die Lehre vom Reugelde (Wandelpön) wird im Pandektenrechte herkömmlich in der Lehre von der Konventionalstrafe trotz ihrer grundsätzlichen Verschiedenheit von letzterer beiläufig miterörtert. Ebenso schließen sich im A.L.R. I. 5 an die von der Konventionalstrafe handelnden §§ 292—311 die von der Wandelpön handelnden §§ 312—316 an. Das Reugeld ist die Abrede, wonach der Obligationsschuldner die Wahl haben soll, ob er seine Verbindlichkeit erfüllen, oder mittelst Erlegung einer andern Leistung, des sog. Reugeldes, von seiner Verpflichtung frei zurücktreten wolle. Der Gläubiger kann in einem solchen Falle bloß die Erfüllung der zugesagten Leistung verlangen, nur diese ist in obligatione vorbehaltlich der Befugniß des Schuldners, das Reugeld seiner Leistung zu substituiren.[104]) Hier ist mithin nicht, wie Einige[105] behaupten, eine alternative Obligation vorhanden, sondern nur eine facultas alternativa des Vertragsschuldners, welche lediglich zu seinem Vortheile gereicht, indem sie ihm die Nichterfüllung des Vertrages erleichtert und seine Aufhebung gestattet. Hierin liegt der Gegensatz zur Konventionalstrafe, welche umgekehrt die Vertragsbestärkung bezweckt.[106]) Diese grundsätzliche Verschiedenheit beider Rechtsinstitute hat auch das H.G.B. im § 284 Abs. 2 angedeutet, indem danach der Schuldner im Zweifel nicht berechtigt ist, sich durch Erlegung der Konventionalstrafe von der Erfüllung zu befreien.[107])

Der Entwurf b. G. behandelt mit Recht das Reugeld nicht unter den die Konventionalstrafe betreffenden §§ 420—425, sondern im § 435 unter der Rubrik „Rücktritt vom Vertrage" bezw. auch im § 417 Abs. 2 unter der Rubrik „Daraufgabe".

Der § 435 bestimmt: „Ist das Rücktrittsrecht gegen Reugeld vorbehalten, so ist die Erklärung des Rücktritts gegenüber dem andern Theile nur dann wirksam, wenn das Reugeld bei der Erklärung entrichtet wird oder schon vorher entrichtet war. Der Berechtigte ist jedoch, auch wenn er den Rücktritt ohne Leistung des Reugelds erklärt, seinerseits an diese Erklärung gebunden."

[104]) Hieraus ergiebt sich, daß nicht bloß auf Vertragserfüllung und ebenso nicht bloß auf Bezahlung des Reugeldes wegen Nichterfüllung des Vertrags geklagt werden kann. Urth. O.A.G. Kassel von 1828 in Seuff. Arch. Bd. 3 N. 42.

[105]) Z. B. Arndts Pand. § 211 Anm. 1.

[106]) Windscheid Pand. § 325 Abs. 3, Förster-Eccius Pr. Prt. § 107 bei Note 63 und 64.

[107]) Ebenso § 311 A.L.R. I. 5.

Der § 417 Abs. 2 bestimmt:

„Als Reugeld gilt die Daraufgabe nur dann, wenn dies vereinbart ist.[108])

Hiernach sind folgende drei Hauptfälle gegeben:

a) Das mit Rücksicht auf den Vorbehalt des Rücktritts bedungene Reugeld ist noch nicht bezahlt, auch die Rücktrittserklärung noch nicht erfolgt. Dann ist der Schuldner verbunden, den Vertrag zu erfüllen. Er wird jedoch davon frei, wenn er den Rücktritt von demselben gegen gleichzeitige Reugeldsentrichtung erklärt.

b) Oder das Reugeld ist mit Rücksicht auf den Vorbehalt eines demnächstigen etwaigen Rücktritts bereits bezahlt, ohne daß bislang eine Rücktrittserklärung erfolgt ist. Dann muß dem Schuldner die Wahl gelassen werden, entweder gegen Rückempfang des Reugeldes den Vertrag zu erfüllen, oder unter Preisgabe des gezahlten Reugeldes den Rücktritt vom Vertrage zu erklären. Zu einem von Beiden muß er sich aber herbeilassen.

c) Oder der Schuldner hat das Reugeld noch nicht bezahlt, aber die Rücktrittserklärung bereits abgegeben, dann ist letztere für ihn bindend, und der Gläubiger hat die Wahl, entweder, indem er die Rücktrittserklärung ohngeachtet des Mangels der Reugeldszahlung seinerseits gelten läßt, pure auf das Reugeld zu klagen, oder indem er Mangels Zahlung des Reugeldes die Rechtsunwirksamkeit der Rücktrittserklärung geltend macht, bloß die Vertragserfüllung zu fordern.

Obige Rechtssätze treffen für alle Fälle zu, wo das Rücktrittsrecht gegen Reugeld vorbehalten ist und gelten mithin auch bezüglich der arrha poenitentialis des § 417 Abs. 2 Entw. Nur wird nach wie vor für das Handelsrecht der Grundsatz des § 285, Abs 1 H.G.B. gelten, daß die Daraufgabe nicht nur auf Grund von Vereinbarung, sondern auch auf Grund Ortsgebrauch als Reugeld angesehen werden kann. Ebenso wird es auch künftig den Landgesetzgebungen unbenommen sein, in den Gesindeordnungen — das Gesinderecht wird

[108]) Das H.G.B. (Art. 285 Abs. 1) läßt die Daraufgabe (arrha) gleichfalls dann als Reugeld gelten, wenn dies vereinbart ist, sodann in Abweichung von dem Entw. b. G. auch in dem Falle, wenn es ortsgebräuchlich ist. Nach französischem Rechte ist es quaestio facti, ob eine arrha als Zeichen des geschlossenen Vertrages oder als Reugeld anzusehen ist. Nur für die promesse de vendre gilt die arrha nach Art. 1590 des code civil als Reugeld. Der vom Vertrage zurücktretende Geber der arrha ist dann derselben verlustig, während der zurücktretende Arrhaempfänger das Doppelte restituiren muß.

durch den Entw. b. G. nicht geregelt — zu bestimmen, daß Mangels besonderer Vereinbarung der Ortsgebrauch dafür entscheidend sein solle, ob bei der Vermiethung eines Dienstboten das demselben gegebene Handgeld als Reugeld zu betrachten sei.[109])

Nach Allem gelange ich zu dem Resultate, daß die Vorschriften, welche der Entw. b.G. über das Rechtsinstitut der Konventionalstrafe enthält, einfaches und klares Recht schaffen. Es ist daher zu wünschen, daß dieselben, abgesehen von den wenigen Punkten, auf welche die in obiger Darstellung enthaltenen Verbesserungsvorschläge sich beziehen, Gesetzeskraft erlangen mögen.

8.

Literatur zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich.

Von Herrn Dr. Neumann zu Berlin, Rechtsanwalt beim Kammergericht.

(Fortsetzung.)

Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Abtheilung I und II. Von Dr. Anton Menger, Professor der Rechte an der Wiener Universität. (Arch. für soziale Gesetzgebung und Statistik herausg. von Dr. Heinrich Braun. Tübingen 1889. S. 1—73.)

Verf. „führt die Stimme der Enterbten"; er rügt, daß im Entwurfe nicht die Zweckmäßigkeit, sondern die gesellschaftlichen Machtverhältnisse entscheidend gewesen seien, und daß der Entwurf überall vom Standpunkte der besitzenden Klassen gedacht sei.

Die Besitzlosen leiden besonders

1. unter der Fiktion, daß jeder Staatsbürger alle Gesetze kenne (§ 146 des Entw.),
2. unter der Fiktion der Lückenlosigkeit des Privatrechts, auf Grund deren der Richter nach Analogie anstatt nach Zweckmäßigkeitsgründen zu entscheiden habe, wodurch wiederum eine Reform des Civilrechts von innen heraus verhindert werde (§ 1 des Entw.),
3. durch das in gewissen Fragen (guter und böser Glaube, Vorsatz, Fahrlässigkeit u. dergl. innere Zustände) einseitige Urtheil des dem Einflusse der Standeszugehörigkeit unterworfenen Richterstandes.

Erwägt man, daß die Analogie im A.L.R. (Einl. §. 49), ebenso wie im Entwurfe anerkannt ist, daß hinsichtlich der Behandlung der Rechtsunkenntniß und des Rechtsirrthums der Entw. (§ 146) dem Standpunkte des Verf. viel näher kommt als das Landrecht (Einl. § 12), so ist das Urtheil des Verf. nicht verständlich, daß der Entwurf einen entschiedenen Rückschritt gegen das Landrecht bedeute.

---

[109]) Mot. zu § 417 Entw. S. 274, Einf.Ges. zum b. G. Art. 46.

Dem Verf. fällt die Kürze der Behandlung der zwischen Reichen und Armen obwaltenden Rechtsverhältnisse auf (Dienstvertrag, Alimentation unehelicher Kinder) gegenüber der ausführlichen Behandlung der das Interesse der höheren Gesellschaftskreise berührenden Gebiete (Fundrecht, eheliches Güterrecht). Den Grund dieser keineswegs auf einem Zufall beruhenden Erscheinung erräth der „Stimmführer der Enterbten" dahin:

„Eine klare und präzise Gesetzesbestimmung gewährt dem Schwachen bei Streitigkeiten einen mächtigen Schutz. Der Arme selbst vermag sich in solchen Fällen, obgleich eine gründliche Rechtsunkenntniß sein natürliches Erbtheil ist, doch leichter eine feste Ueberzeugung vom Dasein seines Rechtes zu verschaffen, und andererseits wird der Gegner nicht leicht geneigt sein, gegen das klare Recht Widerspruch zu erheben. Kommt es aber gleichwohl zum Rechtsstreit, so wird auch der Arme, der auf ein zweifelloses Recht hinweisen kann, willigere Organe zu dessen Durchsetzung finden.

Diese Situation ändert sich aber vollständig, wenn es für einen Rechtsfall an einer klaren Gesetzesbestimmung mangelt und deshalb die analoge Rechtsanwendung nothwendig wird..... Unzählige Härten und Ungerechtigkeiten, welche der Gesetzgeber niemals wagen würde, in die Form einer Rechtsregel zu bringen, werden in solchen Fällen von den Mächtigen im Wege der analogen Rechtsanwendung durchgesetzt. Denn immer werden sich in einem Privatrecht wie das unsere „rechtsähnliche Verhältnisse" finden, die dem Mächtigen Recht geben und, wenn dies einmal ausnahmsweise nicht der Fall sein sollte, so wird der „Geist der Rechtsordnung" willfährige Dienste leisten....."

Dieser Vorwurf, daß die Verfasser des Entw. der Rechtsbeugung die Wege ebenen wollten, richtet sich selbst. Wir bescheiden uns damit, nur in thatsächlicher Beziehung darauf hinzuweisen, daß die, wegen ihrer Kürze gerügten, Bestimmungen des Entwurfs über den Dienstvertrag ihre Ergänzung finden in denen des Handelsgesetzbuchs, der Gewerbeordnung, Seemannsordnung, des landesrechtlichen Gesinderechts ꝛc. ꝛc., daß ferner das dem Verf. verhältnißmäßig zu ausführlich behandelte Fundrecht — doch wenigstens nach Seite des Finders — die Besitzenden wie die Besitzlosen gleichmäßig betrifft.

Zu der Besprechung der einzelnen Rechtsinstitute übergehend, behandelt M. in der zweiten Abtheilung zunächst das Familienrecht, welchem die erste Stelle auch im Gesetze gebühre, weil es die Besitzenden wie die Besitzlosen in gleicher Weise umfasse.

Die familienrechtlichen Bestimmungen des Entw. über die Ehe werden auch vom Standpunkte der Besitzlosen als zweckmäßig und deren Klasseninteressen nicht verletzend anerkannt. Nicht so die vermögensrechtlichen. Die Verwaltungsgemeinschaft als gesetzlicher Güterstand entspreche nur dem Interesse der besitzenden Volksklassen; für die besitzlosen sei die Gütergemeinschaft das allein brauchbare System. Den Standesbeamten sei deshalb die Belehrung der armen — als solcher rechtsunwissenden — Ehepaare hinsichtlich des ehelichen Güterrechts zur Pflicht zu machen, und müsse der erforderliche notarielle oder gerichtliche Vertragsabschluß für Dürftige kostenlos erfolgen.

Die umfangreichen Darlegungen über die Ansprüche aus dem außerehelichen Beischlafe gipfeln in folgenden Forderungen:

1. Bei Nothzucht seien der Frauensperson die Rechte einer ohne ihr Verschulden geschiedenen Ehefrau, dem etwa geborenen Kinde die Rechte eines ehelichen Kindes zuzuerkennen.

2. Wer eine unbescholtene Frauensperson verführt, hat derselben eine Abfindung zu zahlen.

3. Wer einer Frauensperson innerhalb der Empfängnißzeit beiwohnt, hat der Geschwängerten die Entbindungskosten zu ersetzen und nach Maßgabe seines Einkommens dem Kinde den Unterhalt zu gewähren. Die exceptio plurium concumbentium findet nicht statt. Mehrere constupratores haften als Gesammtschuldner.

4. Ist der uneheliche Vater ledigen Standes und hat er bei Erzeugung des Kindes das vierzigste Lebensjahr bereits überschritten, so hat er dem Kinde den seinem eigenen Stande entsprechenden Unterhalt zu gewähren.

5. Möglichkeit einstweiliger Verfügung vor der Geburt auf Zahlung der Entbindungskosten und des Unterhaltsbeitrages für drei Monat unmittelbar nach der Geburt.

Als Grund für seine Forderung zu Nr. 4 führt M. aus, daß einem solchen Manne die unehelichen Geschlechtsverhältnisse die Ehe ersetzen und ihn deshalb in dem geforderten Umfange zur Alimentation verpflichten. Abgesehen von anderen haben wir das rechtspolitische Bedenken, daß bei einer Regelung, wie zu 4, zumal bei Ausschluß der exceptio plurium und der Bescholtenheitseinrede, die verführerische Aussicht auf dauernde Vermögensverbesserung gewissen Elementen ein fruchtbares Feld für Erpressung und Meineid eröffnen würde.

Unbegründet ist die Polemik M.'s (S. 59) gegen die Fassung des § 1572, welchem er — wohl in Folge mißverständlicher Auslegung der Motive — entnimmt, daß das Kind die Beweislast dafür haben solle, daß seine Mutter während der Empfängnißzeit anderen Männern, als dem Beklagten, den Beischlaf nicht gestattet habe. (§ 1572: „Als Vater des unehelichen Kindes gilt derjenige, welcher mit der Mutter desselben innerhalb der Empfängnißzeit den Beischlaf vollzogen hat, es sei denn, daß innerhalb dieser Zeit auch von Anderen der Beischlaf mit der Mutter vollzogen ist.")

Das Vormundschaftsrecht des Entwurfs sei nur für Kinder der besitzenden Klassen vorhanden; für das körperliche und sittliche Wohl der Minderjährigen aus den besitzlosen Volksklassen sei gerade in den wichtigsten Beziehungen Niemand verantwortlich. Offenbar hat M. den § 1648 übersehen: „Der Vormund hat die Pflicht und das Recht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen", ebenso die §§ 1684, 1685, 1686, 1725, in welchen die Aufsicht des Vormundschaftsgerichts und die Mitwirkung des Gemeindewaisenraths auch auf die vormundschaftliche Sorge für die Person des Mündels ausdrücklich erstreckt wird.

Wenn ferner M. dem § 68 und den Motiven zu demselben entnimmt, daß selbst, wenn das Dienst- oder Arbeitsverhältniß, welches der Minderjährige auf Grund des ihm ertheilten Generalkonsenses seines gesetzlichen Vertreters (§ 68) eingegangen ist, die Gesundheit, die Sittlichkeit oder den

guten Ruf desselben gefährde, die Eltern oder der Vormund die sofortige Auflösung nicht verlangen dürfen, so hat er die Motive mißverstanden und den Inhalt der §§ 566, 344, 106 nicht berücksichtigt.

In seinem Wohlwollen für die ärmsten und hilflosesten Mitglieder der Gesellschaft geht M. soweit, unter Streichung des § 68 zu verlangen, daß die Dienstverhältnisse der Minderjährigen nicht ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichts abgeschlossen werden dürfen, ohne zu sehen, daß er wegen einzelner Mißbräuche, in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle seinen Schützlingen die günstige Gelegenheit entreißt, in ehrlicher Arbeit ihre Armuth zu bekämpfen.

Ueber den Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. Vortrag, gehalten am 20. März 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien von Dr. Eduard Hölder, Professor der Rechte zu Erlangen. — Deichert, Erlangen u. Leipzig 1889. 32 S.

Verf. behandelt die Kodifikationsfrage überhaupt, sowie das Verhältniß einer Privatrechtskodifikation zu den übrigen Gebieten des Rechts und zur Jurisprudenz. Er hat die Hoffnung, daß die Aenderung des Entwurfs sowohl im Sinne einer durchweg elastischeren und leichteren Fassung als in demjenigen inhaltlicher Verbesserung vieler Bestimmungen, wenn auch mit erheblichem Zeitaufwande, gelingen werde. Bekker gegenüber, welcher dem Entw. „unfertige Grundbegriffe“ vorwirft, führt H. aus, daß es nicht Sache des Gesetzgebers sei, zu den allgemeinsten zu keiner Zeit ganz ausgetragenen Fragen der Rechtswissenschaft Stellung zu nehmen; vielmehr habe er diejenigen praktischen Fragen, welche der Entscheidung bedürfen, möglichst zweckmäßig zu entscheiden und der Wissenschaft die Ableitung allgemeiner Begriffe aus den speziellen Bestimmungen zu überlassen.

Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag, gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien von Dr. Otto Gierke, Berlin. Springer 1889.

Dieser Vortrag enthält, verglichen mit der umfassenderen, von uns besprochenen Abhandlung G.'s in Schmollers Jahrbüchern[1]) keine neuen Gesichtspunkte. Wir sehen deshalb von einer besonderen Besprechung ab.

Betrachtungen über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich vom Jahre 1888 von Dr. Johannes Emil Kuntze d. z. Dekan der jurist. Fakultät der Universität Leipzig. (Programmschrift.)

K. fürchtet, daß das auch die Fassung des Entwurfs beeinträchtigende Streben, alle Rechtssätze bis ins Letzte durchdacht vorzulegen, den Richter daran gewöhnen werde, sich die tiefere Gedankenarbeit erspart zu halten. Das Zuviel des Gesetzgebers zeuge ein Zuwenig des Richters.

K. verlangt die nochmalige Bearbeitung des Entwurfs durch einen

[1]) Die Besprechung dieser Abhandlung, deren Schluß uns erst nach Fertigstellung des vorliegenden Berichts zugeht, werden wir im nächsten Hefte zu Ende führen.

verantwortlichen Redaktor, dem vielleicht ein kleiner Berathungsausschuß an die Seite gestellt werde.

Von den wenigen „Lücken", welche K. beispielsweise aufführt, seien folgende hervorgehoben:

Zu § 417. Neben der Draufgabe sei der Handschlag als Zeichen der Vertragsschließung anzuerkennen. Uns will scheinen, daß der Richter die Thatsache des Handschlags auch ohne gesetzliche Interpretationsregel in dem von K. beregten Sinne genügend zu würdigen vermag.

Zu § 849. Mit Rücksicht auf den Stand der Technik (Tunnels, unterirdische Eisenbahnen, hohe Viadukte ꝛc.) sei die Herrschaft des Grundeigenthümers nach oben und unten nicht ins Unbestimmte zu erstrecken; vielmehr seien gesetzliche Maße festzustellen, innerhalb deren dem Grundstückseigenthümer das unbedingte Verbietungsrecht verbleibe, während darüber hinaus die Geltendmachung eines solchen vom Nachweise eines konkreten Interesses abhängig gemacht werde.

Zu § 928 fragt K., ob zu den „verborgenen Sachen" bei der Lehre vom Schatz auch die aufgefundenen Alterthümer gehören, welche nicht geborgen wurden, sondern durch Naturereignisse an die Fundstelle kamen (vgl. Mot. III. S. 391).

Zu § 1925. Für gewisse Fälle persönlichen Nothstandes, in denen die rechtzeitige Erlangung einer Urkundsperson ausgeschlossen sei, müsse die Möglichkeit eines Privattestamentes — etwa vor 5 Zeugen — offen gehalten werden.

Zu §§ 21, 2089. Dem Todterklärten sei mit Rücksicht auf die heutigen Verkehrs- und Postverhältnisse nur ein Anspruch auf die vorhandene Bereicherung gegen seinen Erben zu geben, wenn er nicht nachweise, daß er verhindert gewesen, Nachricht zu geben.

Zu § 2055. Zur Vermeidung von Familienzwisten sei, namentlich angesichts der modernen Feuerbestattung, das Bestattungsrecht in der Hinsicht zu ordnen, welche Angehörigen bei dem Mangel einer Willenskundgebung des Verstorbenen das Entscheidungsrecht haben, und ob im Differenzfalle etwa dem Familienrathe bezw. dem Vormundschaftsgerichte die Entscheidung zustehe.

Kritische Erörterungen zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Von Dr. Ludwig Goldschmidt, Privatdozent und Gerichtsassessor zu Göttingen. Erstes Heft: Die formalen Mängel des Entwurfs. Leipzig 1889. Duncker u. Humblot. 208 S.

G. behandelt in dem vorliegenden ersten Hefte seiner Erörterungen die formalen Mängel des Entwurfs.

In dem ersten Kapitel (Die Sprache) stellt er die Forderung der Gemeinverständlichkeit, welche es den Volksgenossen ermögliche, zu den Quellen der ihr Leben beherrschenden Imperative herabzusteigen, und statuirt den Anspruch der Volksgenossen — wie auf Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens — so auf Oeffentlichkeit ihres materiellen Rechts, d. h. auf eine solche Fassung, welche ihnen die Kenntnißnahme des unmittelbaren Inhalts — nicht des dem Juristen vorbehaltenen vollen Gehalts — durch

eigene Geistesthätigkeit gestatte. Wie erstrebenswerth die Gemeinverständlichkeit auch sei, so ist u. E. als Grund für die Nothwendigkeit derselben doch nicht anzuerkennen, daß das Volk die Grundlagen seines Rechts aus dem Gesetzbuche kennen lernen solle, es muß vielmehr gefordert werden, daß der Gesetzgeber das Rechtsbewußtsein des Volks zur Grundlage des Gesetzbuchs mache. Für vollkommen verfehlt halten wir die Unterstellung des Verf.s, daß die „Volksgenossen", um die Grundlagen ihres Rechtslebens kennen zu lernen, sich mit dem Studium des volksthümlich gehaltenen Gesetzbuchs beschäftigen würden. Gerade die vom G. gezogene Parallele mit der Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens ist ein Beweismittel für das Gegentheil. Wieviel Volksgenossen machen in Civilsachen Gebrauch von ihrem gesetzlich anerkannten Rechte, mit eigenen Augen zu sehen, wie über ihre wichtigsten Interessen judizirt wird? Das Publikum hat hierbei nur für die Regelung der eigenen Angelegenheiten, nicht zu theoretischer Erbauung, Zeit und Lust. Dasselbe gilt auch von der Beschäftigung mit dem Gesetze. Wer aber soll den Volksgenossen dann sagen, ob der „unmittelbare Inhalt" des Rechts im einzelnen Falle ausreichend sei, oder ob nicht vielmehr „Veränderungen und Verästelungen" — oft die Folgen unsachgemäßer Behandlung — in Frage stehen, die auch nach des Verf.s Meinung der Allgemeinheit verschlossen bleiben dürfen?

Der Standpunkt der Kommission in dieser Frage ergiebt sich aus Mot. I. S. 300: „Einfachheit und Klarheit ist um so mehr geboten, als die einschlagenden Vorschriften (Verjährungsfristen) vor Allem bestimmt sind, in das Volksbewußtsein überzugehen."

Dieser Satz der Motive macht auch die gekünstelte, unmotivirter Ironie nicht ganz baare Schlußfolgerung G.'s überflüssig, mit deren Hülfe er aus den Mot. zu § 1662 das Vorhandensein des Strebens nach Gemeinverständlichkeit bei den Verfassern des Entwurfs nachweisen will.

Als Gründe dafür, daß trotz des Vorhandenseins dieses Strebens die Gemeinverständlichkeit nicht erreicht ist, sieht der Verf. neben der Verwendung „ganzer typischer Wendungen", dem zuweilen willkürlichen Wechsel im Ausdruck, den vielen Verweisungen und Fiktionen das zur Pedanterie gesteigerte Streben nach formeller Vollständigkeit, nach Genauigkeit des Ausdrucks, nach Korrektheit an, welches trotz der oft dadurch hervorgebrachten Verschrobenheit in der Fassung nicht die Aufnahme von Bestimmungen verhindert habe, welche einen Mangel an juristischer Korrektheit aufweisen.

In dem zweiten und dritten Kapitel behandelt der V. „lehrhafte Abstraktionen und Distinktionen", sowie „lehrhafte Folgesätze".

Eine ganze Reihe von Bestimmungen des Entw. werden unter diese Rubriken gebracht und für überflüssig oder auch schädlich erklärt. Der Verf. ist in dieser Hinsicht derartig radikal und — doktrinär, daß er, wenn er mal die Lehrhaftigkeit eines Satzes festgestellt hat, keinen Entschuldigungsgrund für die Aufnahme desselben gelten läßt, weder zu § 72 dessen grundlegende Bedeutung bezw. die durch seine Aufnahme ermöglichte wesentliche Vereinfachung der Sprache des Entw., noch zu § 73, daß die dessen Vorschrift entsprechende Bestimmung des H.G.B. (Art. 278) sich besonders bewährt habe. Zudem widerlegt sich der Verf. zuweilen selbst, indem er die

Ueberflüssigkeit eines Paragraphen mit dem Vorhandensein eines anderen, von ihm ebenfalls für überflüssig erklärten Paragraphen begründet (vgl. z. B. § 73 S. 61 u. 127). Der Verf. scheint in diesen Kapiteln ganz den Maßstab vergessen zu haben, dessen Anlegung er in seinem ersten Kapitel gefordert hatte; während dort die „Volksgenossen" als Adressaten der Rechtsnormen erklärt werden, ist hier der Standpunkt der zur Rechtsanwendung berufenen Organe der dem Verf. für seine Beurtheilung maßgebende.

Der Verf. hat bei der Feststellung der Natur einer Bestimmung als Abstraktion oder Konsequenz und bei Aufdeckung des Zusammenhangs mehrerer Bestimmungen die Motive so umfassend und eingehend benutzt, daß seine „Wanderungen" eher als Wanderungen durch die Motive als solche durch den Entwurf erscheinen und daß Zweifel nicht von der Hand zu weisen sind, ob auch ohne die Motive der Zusammenhang entfernt auseinanderliegender Bestimmungen mit der vom Verf. angenommenen Selbstverständlichkeit zu Tage getreten wäre (vgl. § 1994 S. 167, § 1716 S. 195 und die Mot. zu diesen Paragraphen).

Im vierten Kapitel führt der Verf. eine Reihe von „Kuriositäten", welche lediglich Gegenstand seiner Verwunderung waren, an. Dem Verf. kann der Vorwurf der Uebertreibung hierbei nicht erspart bleiben, zumal schon eine Reihe von Kritikern sich mit den „kuriosen" Paragraphen beschäftigt haben, ohne von einer gleichen, die Diskussion ausschließenden Verwunderung ergriffen worden zu sein.

Die Frage: „Was nun?" löst der Verf. dahin, daß zunächst eine anderweite Redigirung des Entw. unter möglichster Wahrung seines sachlichen Gehalts stattfinde, woran sich dann die nochmalige Durcharbeitung in einer aus Laien und Juristen zusammengesetzten Kommission schließen möge.

Die Veröffentlichung der Vorarbeiten zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Von Prof. Dr. Max Pappenheim in Kiel. (Ihering's Jahrbücher. Bd. 27. S. 293—303.)

Verf. verlangt die Veröffentlichung der metallographirt 12309 Folioseiten umfassenden Vorarbeiten der Kommission im Interesse des vollen Verständnisses des dereinstigen Gesetzbuches, da die volle Bedeutung einer Gesetzesbestimmung sich nur gewinnen lasse, wenn mit der dogmatischen Untersuchung die historische verbunden werde.

Zu dieser Frage haben ferner sich geäußert:

Bekker, welcher die Publikation der vollständigen Materialien schon deswegen für unerläßlich erachtet, um das Gesetzbuch vor den an der Hand der vorliegenden Motive handwerksmäßig und gedankenlos zusammengetragenen Kommentare zu schützen.[1])

Gegen die Veröffentlichung:

Vierhaus, welcher zwischen den Vorarbeiten der einzelnen Kommissionsmitglieder und dem aus der Kollegialberathung hervorgegangenen Werke prinzipiell unterscheidet,[2])

---

[1]) System und Sprache, S. 78.

[2]) Entstehungsgeschichte, S. 72 f.

Hartmann,[3]) da die Wissenschaft und Praxis des neuen Gesetzbuchs von vornherein auf eigenen Füßen gehen lernen müsse, anstatt der oft gefährlichen Krücken der Vorarbeiten sich zu bedienen,

Schilling, welcher sich über die Veröffentlichung der vorliegenden Motive damit tröstet, daß sie bei der Art ihrer Herstellung nicht den Karakter einer autoritativen Rechtserkenntnißquelle erhalten werden, und die Versiegelung der Vorarbeiten wünscht, damit nicht Rechtslehrer oder Gerichte in die Versuchung kommen, daraus Materialien zu einer Art Arkandisziplin zu schöpfen und solche den Nichteingeweihten aufzuoktroyiren.

Ueber den Vertrag unter Abwesenden. Von J. Kohler. (Archiv für bürgerliches Recht rc. Herausg. von Kohler und Ring. Berlin 1889. Heymann. I. S. 283—326.)

K. erklärt sich im Wesentlichen mit dem Inhalte der Bestimmungen des Entw. über den Vertrag unter Abwesenden einverstanden, rügt aber den schwerfälligen Styl der einschlägigen Bestimmungen unter Formulirung redaktioneller Gegenvorschläge.

Hieran anknüpfend wollen wir bemerken, daß K. in demselben Hefte dieser Zeitschrift (S. 350 ff.) eine Reihe von Rechtssätzen aus gerichtlichen Entscheidungen zusammengestellt hat und hierbei den Entw. vergleichend und kritisirend berücksichtigt.

Einige kritische Bemerkungen zu § 89 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Von Rechtsanwalt Kempf in Berlin. (Anw.Gut. 3. Heft. S. 318—322.)

(§ 89. „Auf die Wirksamkeit des Vertragsantrages ist es, sofern nicht ein anderer Wille des Antragenden aus dem Antrage oder den Umständen des Falles hervorgeht, ohne Einfluß, wenn der Antragende oder derjenige, welchem der Antrag gemacht worden ist, nach Absendung des Antrages stirbt oder geschäftsunfähig wird."

§ 66 Abs. 1: „Ein Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit davon abhängt, daß es einem Betheiligten gegenüber vorgenommen wird, ist unwirksam, wenn die Vornahme gegenüber einer geschäftsunfähigen Person erfolgt.")

K. befürwortet die Streichung dieser Bestimmung, welche

a) insoweit sie die Geschäftsunfähigkeit des Adressaten nach Absendung des Antrages behandle, im Widerspruch mit § 66 Abs. 1 und § 74 Abs. 1 stehe,

b) insoweit sie den Tod des Adressaten nach Absendung des Antrages betreffe, eine durch praktische Rücksichten nicht gebotene Abweichung von dem Prinzipe der Empfangstheorie enthalte,

c) insoweit sie den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Antragenden betreffe, wegen § 74 Abs. 3 überflüssig sei.

Wir vermögen den von K. behaupteten Widerspruch zwischen § 89 und § 66 Abs. 1 als solchen nicht anzuerkennen. Die Tendenz des § 66 Abs. 1 geht auf Schutz geschäftsunfähiger Personen in Ansehung solcher Geschäfte, welche darauf gerichtet sind, eine Aenderung in der Rechtslage

[3]) Aequitätsprinzip und Richterstellung, Arch. f. civ. Pr. 73 S. 406.

dieser Personen ohne deren Hinzuthun herbeizuführen (Mahnung, Kündigung, Aufrechnungs- u. a. einseitige Erklärungen, vgl. Mot. I. S. 139). Der Zweck dieses Schutzes würde die Erstreckung des § 66 Abs. 1 auf Vertragsanträge, welche ihrem Wesen nach eine Gefährdung des Empfängers nicht herbeiführen — vgl. indeß den besonderen Fall des § 587 —, an sich nicht rechtfertigen.

Der selbständigen Regelung der Wirksamkeit des Vertragsantrages, welcher gegenüber einer geschäftsunfähigen Person erfolgt, kann, weil er seiner Natur nach zu den in § 66 Abs. 1 behandelten Willenserklärungen überhaupt nicht gehört, durch diese Vorschrift nicht präjudizirt, mithin ein Widerspruch des § 89 mit § 66 Abs. 1 u. E. nicht möglich sein; indeß dürfte die bezügliche Präzisirung des § 66 Abs. 1 wünschenswerth erscheinen.

Eine Abweichung von dem Prinzipe der Empfangstheorie ist in § 89 allerdings enthalten. Indessen können für den Gesetzgeber doch nur die Forderungen des Lebens, nicht diejenigen juristischer Konstruktion maßgebend sein. Hält man mit den Mot. den Gesichtspunkt für berechtigt, daß Vertragsanträge regelmäßig aus einem wirthschaftlichen Bedürfnisse oder Interesse hervorgehen, und daß dieses Bedürfniß oder Interesse der Regel nach mit dem Vermögen, ohne Rücksicht auf die Person des bisherigen Inhabers, bestehen bleibt, so wird man nicht nur die Durchbrechung der Empfangstheorie billigen, sondern noch weitergehend fordern müssen, daß auch der vor der Absendung des Antrages erfolgte Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder des Todes des Adressaten einflußlos auf die Wirksamkeit des Antrages bleibe. Die durch den § 587 begründeten Ausnahmen werden eine besondere Berücksichtigung für den Fall erheischen, daß der zur Erklärung auf den rechtswirksam erfolgten Vertragsantrag Verpflichtete verstorben oder geschäftsunfähig geworden ist.

Ueber das Verhältniß des § 89 zu § 74 Abs. 3 vgl. Mot. I. S. 159.

Die Lehre von dem Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast mit besonderer Rücksicht auf die Reichscivilprozeßordnung und den Entwurf eines neuen bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich dargestellt von Dr. Carl Reinhold, Geh. Justizrath und Landgerichtsdirektor a. D. zu Weimar. Berlin 1888. Siemenroth & Worms 148 S.

Die vorliegende Schrift, eine neue Bearbeitung der in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Neue Folge Bd. XIII. Jahrgang 1855 unter dem Titel: Beiträge zur Lehre v. d. Einreden und zur Lehre von der Beweislast von demselben Verf. veröffentlichten Abhandlung, interessirt an diesem Orte nur soweit sie den Entwurf berücksichtigt.

Der Verf. giebt eine Rechtfertigung der herrschenden Lehre, welche der Entw. in den §§ 193, 194 sowie in einer Reihe von Einzelbestimmungen über die Beweislast zur Geltung bringt. Nur die Vorschrift des § 196, soweit dieselbe die auflösende Bedingung und die Zeitbestimmung betrifft, giebt dem Verf. zu einer ablehnenden Kritik Veranlassung. Mit der herrschenden Lehre will er die Beweislast hinsichtlich der auflösenden Bedingung und des Anfangs- und Endtermins demjenigen, der sie behauptet, auferlegen.

In einem Anhange „Ueber das Verhältniß der Exzeptionen des römischen Rechts zu den Einreden im heutigen Sinne des Wortes" wendet sich Verf. nach einer historischen Darstellung der Entwickelung des Einredebegriffs gegen die vom Entw. beliebte Aufnahme des — aus der Duplizität des römischen Rechts (Civilrecht u. prätorisches Recht) stammenden — Begriffes der materiellrechtlichen Einrede (vgl. z. B. § 162 Abs. 2 Mot. I S. 359). Auch mißbilligt er die Terminologie des Entw., durch welche dem bisherigen Gebrauche und dem Geiste der deutschen Sprache entgegen der engere Begriff der materiellrechtlichen Einrede die Bezeichnung „Einrede", der weitere Begriff der prozeßrechtlichen Einrede die Bezeichnung „Einwendung" erhalten habe. Er schlägt ev. vor die prozeßrechtliche Einrede als „Einrede" schlechthin zu bezeichnen, zur Unterscheidung der Exzeptionen oder Einreden im römischrechtlichen Sinne aber sich eines Zusatzes z. B. „Einrede im engeren Sinne" oder „materiellrechtliche Einrede" zu bedienen.

Zum zweiten Buch des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Von Professor Dr. Paul Laband in Straßburg. (Arch. f. civ. Pr. Bd. 74 S. 299—337.)

In Fortsetzung seiner Kritik bespricht L. vorliegend Kauf und Tausch, Wiederkauf, Vorkauf, Erbschaftskauf, Auftrag und Anweisung. Die kritische Ausbeute ist nur eine geringe, da L. die einschlägigen Bestimmungen des Entw. im Großen und Ganzen billigt. Wir sehen von einer Reihe redaktioneller und unwesentlicher Bemerkungen ab und heben nur folgende hervor:

Zu § 459 Abs. 2 wendet er sich gegen die Statuirung einer klagbaren Verpflichtung des Käufers zur „Abnahme" der Sache. Es sei durch deutlichere Fassung klar zu stellen, ob mit „Abnahme" „Empfangnahme", oder „Prüfung und Genehmigung" gemeint sei. Im letzteren Falle sei die rechtliche Bedeutung und Wirkung der „Abnahme" beim Kaufvertrage zu präzisiren.

Zu § 463 Abs. 2. Lediglich die Eintragung des Eigenthumsüberganges im Grundbuche dürfe für Grundstücke der kritische Moment des Gefahrenüberganges sein.

Zu § 587. Derjenige, welcher sich dem Auftraggeber speziell zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten habe, sei nach Vorgang der H.G.B. (Art. 323 Abs. 1) hinsichtlich der Anzeigepflicht bei Ablehnung des Auftrags demjenigen gleichzustellen, der sich öffentlich erboten habe.

L. behauptet einen Widerspruch zwischen § 587 und § 86: beim Schweigen des Beauftragten werde nach § 86 Annahme fingirt, während nach § 587 anstatt der Fiktion aus § 86 bei Vernachlässigung der Anzeigepflicht ein Schadensersatzanspruch gewährt werde. Mit Unrecht. § 86 kennt keine Fiktion der Annahme, sondern dispensirt nur von dem für die Wirksamkeit der stillschweigenden Willenserklärung im § 74 aufgestellten Erfordernisse, daß dieselbe zur Kenntniß des Empfängers gelangt sein müsse, für den Fall, daß vom Antragenden stillschweigende Annahme gestattet ist: die stillschweigende Annahme muß also wirklich erfolgt sein; alsdann ist nur nicht mehr erforderlich, daß sie zur Kenntniß des Antragenden gelangt.

Zu § 605. Nur das im Wege des Begebungsvertrages ertheilte Zahlungsmandat sei ein durch den modernen Verkehr ausgeprägtes, vom gewöhnlichen Auftrage spezifisch unterschiedenes, besonderes Rechtsinstitut. Der durch die richtige Erkenntniß dieses Wesens von dem Entw. gemachte Fortschritt werde in Frage gestellt durch die in den Motiven enthaltene Erwähnung „mündlicher Anweisungen" sowie durch die Zulassung von Leistungen jeder Art als Gegenstand der Anweisung. Ihrem Wesen und dem Bedürfnisse nach sei die Anweisung auf Geld und Lieferung von Quantitäten zu beschränken. Eine dem Art. 301 H.G.B. entsprechende Vorschrift sei aufzunehmen, welche indeß die Indossabilität der Anweisung unabhängig von der Voraussetzung mache, daß dieselbe von einem Kaufmann ausgestellt sei.

Das Recht der Schuldverhältnisse im Allgemeinen verglichen mit den betreffenden Bestimmungen des code civil. Von Rechtsanwalt Gebhart in Zweibrücken. (Anw. Gut. Heft 4 S. 251—294.)

Das Gesammturtheil G.s geht dahin, daß gegenüber dem einschlägigen französischen Recht der Entw., wenn auch die materiellen Aenderungen nicht bedeutend seien, durch seine logische Ordnung des Stoffes sowie durch die Kürze und Präzision des Ausdrucks ein hochwillkommener Fortschritt sei.

Einzelnes:

Zu § 210. Aus praktischen Gründen sei dem Schuldner nach Einleitung der Exekution kein Wahlrecht mehr zu belassen, vielmehr Verzicht auf dasselbe anzunehmen.

Zu § 228. Wenn der Schuldner die Schuld theilweise zugestehe, theilweise leugne, sei ihm das Recht, Theilzahlungen zu leisten, zu gewähren.

Zu §§ 281 ff. empfiehlt G. die ipso iure Kompensation des code. Unverständlich bleibt die Annahme G.s, daß nach dem Entw. der Gläubiger statt Erfüllung seiner Forderung nicht Befreiung von einer ihm gegen den Schuldner obliegenden Schuld solle verlangen können, daß der Gl. vielmehr genöthigt sei, wenn der Schuldner keine Aufrechnungserklärung gebe, Zahlung zu begehren und das Erhaltene zur Zahlung seiner Schuld zu verwenden. Nach dem Entw. kann jeder der beiden Theile jederzeit durch seine einseitige Aufrechnungserklärung die beiderseitigen Forderungen zum Erlöschen bringen.

Zu § 287. Die Aufrechnung gegenüber dem Anspruche aus dem Hinterlegungsvertrage und der Gebrauchsleihe sei auszuschließen, weil bei beiden Geschäften dem Schuldner eine gewisse Vertrauensstellung eingeräumt werde, mit welcher sich die Aufrechnung schlecht vertrage, und weil bei beiden Forderungen der Gläubiger eine andere Tilgung als durch Erfüllung sicher ausgeschlossen haben wolle. Auch ohne eine solche Bestimmung erscheint uns im einzelnen Falle die Prüfung der Frage nicht ausgeschlossen, ob im Sinne der Begründung des kritischen Schuldverhältnisses die Baarzahlung wesentlich, die Aufrechnung also ausgeschlossen sein solle (vgl. auch Mot. II. S. 105).

Das Recht der Schuldverhältnisse. Vierter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse aus anderen Gründen. Von Rechtsanwalt Hartmann in Nürnberg. (Anw. Gut. Heft 5 S. 323—358.)

Der Verf. macht einen das Gesetz erheblich vereinfachenden Vorschlag, indem er die Ansprüche auf Rückleistung in folgende Rubriken bringt:

1. Leistung auf Grund unrichtiger Voraussetzungen (cond. indebiti, cond. ob rem, cond. ob causam finitam),
2. Verwerflicher Empfang,
3. Sonstiges grundloses Haben.

Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag will er als Fälle zulässiger Geschäftsführung gegen das Verbot des Geschäftsherrn anerkannt wissen die Abwendung einer dringenden Gefahr oder eines unersetzlichen Nachtheils von der Person und dem Vermögen des Geschäftsherrn, während der Entw. (§ 755) nur die im öffentlichen Interesse gebotene Erfüllung einer dem Geschäftsherrn obliegenden Verbindlichkeit oder die Erfüllung einer gesetzlichen Alimentationspflicht, auch gegen das Verbot des Geschäftsherrn, gegen diesen gelten läßt. In allen diesen Fällen will H. dem Geschäftsführer einen Anspruch auf vollen Schadensersatz gewähren.

Zu § 763 (Gemeinschaft) wünscht H. einen Zusatz dahin, daß in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung, Erhaltung und Sicherung der Rechte der Gemeinschaft betreffen, jeder Theilhaber zur Vertretung derselben befugt sei. Abgesehen davon, daß eine solche Bestimmung nicht in den vorliegenden, das Verhältniß der Theilhaber unter einander regelnden Titel, gehört, ist sie auch mit Rücksicht auf die §§ 339 u. 951 überflüssig.

Zu § 772 will H. bezüglich der Aufhebung der Gemeinschaft den Fall, daß der Verkauf zwar nicht absolut unmöglich sei, aber doch den Interessen der Gemeinschaft absolut widerspreche, der Unmöglichkeit des Verkaufs gleichstellen.

Zu §§ 774 ff. (Vorlegung und Offenbarung) will H. den Exhibitionsanspruch wegen jedes bezüglich der Sache — nicht nur gegen den Besitzer und Inhaber, wie der Entw., sondern auch gegen einen Dritten — bestehenden Anspruchs geben. — Er vermißt ferner Bestimmungen über den Ort der Vorlegung und verlangt die Möglichkeit richterlicher, dem Zwecke der Vorlegung entsprechender diesbezüglicher Anordnungen.

Gutachten über den zweiten Abschnitt des Rechts der Schuldverhältnisse: Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden. Erstattet von Dr. Max Hachenburg, Rechtsanwalt in Mannheim. (Anw. Gut. Heft 2. S. 110—158.)

Zu §§ 344 f. 347. Verf. wünscht die Gleichstellung der durch Gesetz verbotenen Rechtsgeschäfte mit den gegen die guten Sitten verstoßenden dahin, daß auch bei ersteren nicht unterschieden werde zwischen der gesetzlich verbotenen Vertragsschließung und Vertragsleistung (vgl. §§ 105, 106), sowie ferner, daß auch bei den gesetzlich verbotenen Verträgen nicht das negative Vertragsinteresse und die gültige Schließung unter der Bedingung der Verbotsaufhebung gewährt werde. Seine Begründung, daß jedes Rechtsgebot einen Theil der guten Sitten enthalte, daß jedes Rechtsverbot nur

ein mit besonderem rechtlichen Schutze versehenes Moralverbot sei, erscheint uns nicht zutreffend. Es wird von Fall zu Fall zu prüfen sein, ob dem Rechtsverbot zugleich ein Sittenverbot zu Grunde liegt; immer ist dies keineswegs der Fall (z. B. Verbot des Spielens in auswärtigen Lotterien, Verbot der Versicherung auf das Leben eines Dritten ohne dessen Einwilligung § 1973 A.L.R. II. 8).

Zu § 348. Anstatt der Regelung der beiden Spezialfälle wünscht H. die Aufstellung des Prinzips, daß Unmöglichkeit der Leistung, die sich nur auf die persönlichen Verhältnisse des Schuldners gründe, keine Nichtigkeit bewirke.

Zu § 368 regt H. die Frage an, ob nicht die Vorschrift des § 465 (Transportgefahr beim Kauf) auf alle Traditionen unter Abwesenden, bei denen die Uebersendung durch einen unparteiischen Mittelsmann geschieht, ohne Rücksicht, ob die Tradition auf Grund eines Kaufes oder eines anderen Rechtsgrundes, und ob die Uebersendung an einen anderen Ort oder innerhalb desselben Ortes erfolgt, auszudehnen sei. Man denke an den innerhalb der großen Städte durch Transportgesellschaften vermittelten Packetverkehr!

Zu § 369. Abgesehen von dem Falle des Fixgeschäfts (§ 361) und von den für die einzelnen Verträge gegebenen besonderen Bestimmungen (vgl. Mot. II. S. 199 Anm. 1) hat der Entwurf das Rücktrittsrecht wegen Verzuges nur gegeben, wenn die verspätete Leistung für den Gläubiger „kein Interesse hat", oder wenn nach rechtskräftiger Verurtheilung zur Leistung trotz Setzung einer nochmaligen Frist der Schuldner die Erfüllung weigert (§ 369 Abs. 2).

H. mißbilligt diese Regelung als unpraktisch und unbillig und schlägt im Anschluß an das H.G.B. folgende Fassung des Abs. 2 vor:

„Ist der Schuldner im Verzuge, so hat der Gläubiger die Wahl, die Leistung mit Schadensersatz wegen Verspätung der Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, oder vom Vertrage zurückzutreten. So lange als der Gläubiger nicht gewählt hat, kann der Schuldner noch erfüllen. Auf seinen Antrag ist, wenn nicht der Gläubiger durch den Verzug kein Interesse mehr an der Leistung hat, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Nachholung der Leistung zu geben."

Zu § 404. H. führt aus, daß bei der Wandelungsklage, wenn an Stelle des zurückzugebenden Thieres der Werth desselben zu treten habe, derjenige Werth zu erstatten sei, den das Thier bei Geltendmachung der Wandelung ohne die Verfügung des Erwerbers hatte, und nicht derjenige Werth, den die Sache in dem Zeitpunkt hatte, in welchem die die Wandelung an sich ausschließende Handlung vorgenommen ist. H. weist begründend darauf hin, daß nach § 427 der Veräußerer die Gefahr trage, und der Zufall nach der Handlung des Erwerbes eintreten könne.

§ 427. Damit nicht — im Falle Rücktritts vom Vertrage — die geleisteten Dienste zu den nicht zurückgewährbaren Gegenständen im Sinne des Abs. 4 gerechnet werden, sei ein Zusatz erforderlich, daß bei Leistungen, deren Rückgewähr durch ihre Natur ausgeschlossen sei, der Geldwerth an ihre Stelle trete (vgl. Mot. II. S. 281 z. E.).

Zu §§ 459 f. Der Möbelleihvertrag sei dahin zu regeln, daß es statthaft sei, sich trotz der Uebergabe der Mobilien das Eigenthum vorzubehalten, daß die Geltendmachung des Eigenthumvorbehalts Rücktritt vom Vertrage sei und zur Rückgabe des empfangenen Kaufpreistheiles verpflichte, vorbehaltlich eines für Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu machenden Abzuges, und daß Abreden, die das Gegentheil festsetzen, nichtig seien.

§ 569. Bei dem Werkvertrage sei dem Besteller neben dem Rechte auf Rücktritt oder Minderung das Recht zu geben, die Beseitigung des Mangels auf Kosten des Unternehmers, wenn dieser sie nicht innerhalb der bestimmten Frist besorge, vornehmen zu lassen.

§ 580. Es sei ein praktisches Bedürfniß, die vom Entw. offen gelassene Frage (vgl. Mot. II. S. 514), ob dem Mäkler die sachgemäß aufgewendeten Auslagen zu erstatten seien, zu Gunsten des Mäklers zu bejahen.

Auf einen ausführlicheren Bericht über das inhaltsreiche Gutachten müssen wir verzichten.

Die Gewährleistung beim Kauf und Tausch von Hausthieren nach dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Besprochen von Dr. H. Pütz, Professor der Thiermedizin an der Universität Halle a/S. (Milch-Zeitung Bremen 1888. Nr. 33/34.)

P. tritt gegenüber dem von dem Entwurfe angenommenen deutschrechtlichem Prinzipe (Haftung nur wegen bestimmter Hauptmängel, welche innerhalb der Gewährfristen zum Vorschein kommen) für das römischrechtliche Prinzip (gewöhnliche Gewährleistung ev. mit kürzerer Verjährung) ein; nur das letztere entspreche dem gegenwärtigen Standpunkte der Thiermedizin, während das deutschrechtliche trotz der im Wege kaiserlicher Verordnung (§ 400) vorgesehenen Ergänzung und Veränderung vor frühzeitigem Siechthume nicht bewahrt werden könne. Auch hebt P. hervor, daß durch die mit dem deutschen Währschaftsprinzipe verbundene Rechtsverweigerung und die dadurch geförderte Unredlichkeit im Handelsverkehr die öffentliche Moral im hohen Maße geschädigt werde.

Kauf und Werkvertrag. Zugleich eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Von Viktor Ehrenberg. (Jahrbücher für Dogmatik des römischen und deutschen Privatrechts herausgegeben von Ihering u. A. Bd. 27 S. 253—292.) Jena. Fischer.

E. versucht den Nachweis, daß für den Werklieferungsvertrag, bei welchem der Uebernehmer den Stoff zu liefern hat, rechtlich und wirthschaftlich die gleichen Grundsätze wie für den reinen Werkvertrag angemessen seien, mit der Maßgabe, daß bei dem letzteren — insbesondere dem Bauvertrage — kein Rücktrittsrecht wegen Mängel zu geben sei, sowie daß bei dem Werklieferungsvertrage der Lieferant wie ein Verkäufer für Eviktion hafte, und daß dem Besteller die actio redhibitoria als subsidiärer Rechtsbehelf gegeben werde.

Dementsprechend sei § 568 auf die Regeln vom Werkvertrage abzustellen.*)

---

*) (Vgl. gegen E. Bernhöft, Kauf, Miethe u. verwandte Verträge im Entw. 12. Heft der Fischer-Bekker'schen Beiträge S. 68.)

Im Uebrigen sei noch aus diesem Aufsatz hervorgehoben:

Zu § 468 will E. mit der Perfektion des Kaufvertrags die Gefahr der Kaufsache auf den Käufer übergehen lassen (S. 280 Anm.).

Zu § 569 Abs. 2. Wenn ein Fix-Geschäft vorliege, seien die Befugnisse des Bestellers nicht davon abhängig zu machen, daß eine Nachfrist gesetzt und verstrichen sei.

Zu § 571. Mit Rücksicht darauf, daß die Fristbestimmung des § 569 in zahlreichen Fällen nicht erfolge, vielmehr der Uebernehmer mit der Versicherung baldiger Herstellung an die Beseitigung des Mangels gehe, ohne daß eine Frist gesetzt sei, sei dem Abs. 4 folgender Satz hinzuzufügen:

„Hat der Besteller dem Uebernehmer keine Frist zur Ausbesserung gesetzt, und hat der Uebernehmer nicht ausdrücklich die Ausbesserung verweigert, so beginnt die Verjährung erst, nachdem der Besteller oder Uebernehmer die Erklärung abgegeben hat, auf die Ausbesserung zu verzichten."

Zu § 573. Im Falle unvorhergesehener außerordentlicher Umstände, welche eine Erhöhung des Lohnes als billig erscheinen lassen, sei für Werk- und Werklieferungsvertrag richterliche Erhöhung des Lohnes oder Auflösung des Vertrages zu gestatten. Indeß was dem Einen recht ist, muß dem Anderen billig sein. Auch dem Besteller würde ein Anspruch auf Herabsetzung des Lohnes, bezw. auf Aufhebung des Vertrages gegeben werden müssen, wenn in Folge unvorhergesehener außerordentlicher Umstände der Herstellungswerth des bestellten Gutes erheblich verringert würde. Eine solche Regelung aber verbietet sich, da dieselbe zweifellos nur auf Kosten der Sicherheit und der bona fides des Verkehrs erfolgen kann.

Das Wesen der Dinglichkeit. Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre und zur Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Von Dr. Eugen Fuchs, Gerichtsassessor. Berlin, 1889. Heymann. 157 S.

Die Abhandlung will, wie der Titel besagt, sein ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre und zur Kritik des Entwurfs. Nur in letzterer Hinsicht können wir an diesem Orte die eingehende, praktische wie theoretische Gesichtspunkte glücklich verbindende Arbeit, welche der Verf. bereits in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum Gegenstande eines Vortrags gemacht hatte, einer Besprechung unterziehen.

Verf. führt eine Reihe der wichtigsten Angriffspunkte, welche der Entw. bietet (Ablehnung der Sachgesammtheit und des Inbegriffs, der Vormerkung zum Schutze persönlicher Rechte, Versagung des Werkmeisterpfandrechts bei unbeweglichen Sachen, des dinglichen Wiederkaufsrechts, Einführung erschwerender Voraussetzungen für die Eintragung der Vorrechtseinräumung, insbesondere die Aufnahme des Satzes „Kauf bricht Miethe") auf ein gemeinsames Prinzip zurück. Er bezeichnet alle jene unbefriedigenden legislativen Lösungen nur als Symptome eines einheitlichen Grundübels, als Niederschlag eines falschen, aus der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie überkommenen Dinglichkeitsbegriffes, bei welchem der Gegensatz obligatorischer und dinglicher Rechte ein begrifflicher sein und sich darin äußern solle,

daß der Obligation als der Herrschaft über den Willen das dingliche Recht als die unmittelbare, reale Herrschaft über die Sache gegenüberstehe.

Die Annahme dieses Gegensatzes habe den Entw. dazu geführt, eine Reihe von Lebensverhältnissen schutzlos zu lassen, bei denen das Rechtsbewußtsein des Volkes und die Rücksichtnahme auf Treue und Glauben absoluten Schutz gebieterisch verlangen. Die Aushülfsmittel des Entw.: Veräußerungsverbot und Kautionshypothek, Schadensersatz und arrestatorische Maßnahmen seien unzulänglich.

Dem Dinglichkeitsbegriffe des Entw. stellt F. den Satz gegenüber, Dinglichkeit ist weder reale Herrschaft, noch an sich in gewissen Rechten begrifflich vorhanden: Dinglichkeit ist Absolutheit des Klageschutzes. Mithin bestehe weder ein Dogma von der Körperlichkeit der Sache (§ 778 Mot. III. S. 2) — vielmehr könne die Rechtsordnung auch den Genuß gewisser nur in der Vorstellung bestehender Dinge (res quae in jure consistunt) mit absolutem Klageschutze ausrüsten — noch gebe es begriffliche Schranken, andere als die römischen iura in re für dinglich zu erklären: allein das volkswirthschaftliche Bedürfniß und Erwägungen rechtspolitischer Art können entscheiden, ob und inwieweit ein Recht dinglich sein, d. h. absolut geschützt werden solle.

Verf. löst die dinglichen Rechte in Ansprüche mit absolutem Karakter dahin auf:

a) die Servitut sei das absolute Recht gegen den Sacheigenthümer und seine Rechtsnachfolger auf passives Verhalten (Dulden und Unterlassen),
b) die Reallast, Vorkaufsrechte und Grundschuld seien Ansprüche auf positive Leistungen des Grundstückseigenthümers und seiner Rechtsnachfolger, und zwar auf wiederkehrende Leistung, Gewährung des Vorkaufs und Zahlung einer bestimmten Summe,
c) das Pfandrecht sei das absolute akzessorische Recht gegen den Eigenthümer eines Vermögenswerthes und seine Rechtsnachfolger auf Duldung bezw. Ermöglichung der Verwerthung wegen einer Forderung.
d) das Eigenthumsrecht sei der Anspruch gegen Jedermann auf Ermöglichung des vollen Sachgenusses.

Verf. weist auf den Widerspruch hin, in welchen der Entwurf sich selbst mit seinem Dinglichkeitsbegriffe gesetzt habe, indem er Reallast, Vorkaufsrecht und Grundschuld als dingliche Rechte in das Sachenrecht aufgenommen habe, während diese Rechte weiter nichts seien als juris vinculum, quod alium nobis adstringat ad dandum aliquid (Grundschuld) vel faciendum (Vorkaufsrecht) vel praestandum (Reallast), m. a. W. als absolute Rechte auf positive Leistungen.

Das Originelle in der vorliegenden Arbeit, verglichen z. B. mit der Lehre von der Hypothek als Realobligation, welche letztere der systematischen Unterstellung unter die dinglichen Rechte unfähig, als neben die dinglichen Rechte tretende besondere Art betrachtet werden mußte, ist, daß der Verf. den herrschenden Begriff des dinglichen Rechts überhaupt verwirft und an seine Stelle ein System absolut geschützter obligatorischer Ansprüche setzt, daß er mithin den

für die Hypothek gemachten Konstruktionsversuch mit kühner Hand auf alle dinglichen Rechte ausdehnt.

Durch diesen Griff befreit er den Gesetzgeber aus den Banden juristisch-systematischer Bedenken und giebt ihm die selbstverständlich scheinende Freiheit, lediglich den Forderungen des Lebens Rechnung zu tragen.

Wir müssen von der Besprechung der interessanten das römische Recht, insbesondere die serv. in non faciendo betreffenden Ausführungen, sowie von der Darlegung einiger mehr die allgemeinen Rechtslehren betreffenden Bedenken (z. B. ob der Verf. recht that, über den Begriff des subjektiven Rechts als hier nicht interessirend, hinwegzugehen, S. 38) absehen, glauben aber die klar geschriebene Arbeit, welche in einer Kritik des Entwurfs nicht aufgeht und als Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre Anspruch auf selbständige Besprechung hat, unseren Lesern zur Lektüre empfehlen zu müssen.

Der Besitz. Von Rechtsanwalt Dr. C. F. Reatz in Gießen. (Anw.Gut. Heft 9 S. 747—824.)

Das Gutachten hat lediglich die den Besitz ex prof. behandelnden, §§ 797—825 des Entw. zum Gegenstande. Verf. stellt sich die Aufgabe, auf Grund der im Besitzverkehr des täglichen Lebens gemachten allgemeinen und der bei gerichtlichen Besitzstreitigkeiten gemachten besonderen Erfahrungen die geläuterten Rechtsanschauungen des Volkes in seinen maßgebenden Kreisen sowie die Bedürfnisse des Besitzverkehrs darzustellen und zu begründen und an der Hand dieser Momente die Bestimmungen des Entwurfs, gleichzeitig unter Formirung der erforderlichen Abänderungsvorschläge, einer Kritik zu unterziehen.

Die von R. gemachten Vorschläge, welche zugleich in der Gegenüberstellung mit den treffenden Vorschriften des Entw. den differirenden Standpunkt des Verf. erkennen lassen, geben wir als besonderer Beachtung werth, in voller Ausführlichkeit wieder. Wegen der Begründung müssen wir auf die Lektüre des Gutachtens selbst, dieselbe zugleich angelegentlich empfehlend, verweisen.

R. will die §§ 797—813 durch folgende Paragraphen ersetzen:

§ 797.

Der Besitz ist die bewußte ausschließliche natürlich-wirthschaftliche Herrschaft einer Person über eine körperliche Sache.

§ 798.

Der Besitz ist entweder Eigenbesitz oder fremder Besitz.

Der Eigenbesitz kann Eigenthumsbesitz, Nießbrauchsbesitz, Gebrauchsleihebesitz, Mieth- und Pachtbesitz, Pfand- und Retentionsbesitz, Verwaltungsbesitz, Verwahrungsbesitz, Verantwortlichkeitsbesitz, Besitz auf Widerruf und Besitz zur Befriedigung jedes anderen wirthschaftlichen Interesses sein.

Der Besitz ist entweder Vollbesitz oder Theilbesitz, Alleinbesitz oder Mitbesitz, ein thätiger oder ein ruhender, und ein ungestörter oder gestörter.

§ 799.

Eine geschäftsunfähige Person kann, insoweit ihr im Einzelfall Besitzesbewußtsein zusteht, Besitz erwerben.

§ 800.

Beim Besitz ist Vertretung zulässig.

§ 801.

Durch Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Besitzers wird dessen Besitz nicht verloren.

Eine geschäftsunfähige oder in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkte Person kann ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters ihren Besitz nicht aufgeben.

§ 802.

Der Besitz eines Vertretenen endigt nicht mit dem Tode oder der Geschäftsunfähigkeit des Vertreters.

Statt § 814.

Der Besitzer hat ein Recht auf Schutz im Besitz gegen Störungen Dritter.

Statt § 815.

Der Besitzer ist berechtigt, gegen Störungen seines Besitzes sich in seinem Besitze selbst zu schützen, erforderlichen Falls und soweit als erforderlich, mit Gewalt.

Er kann insbesondere drohenden Störungen vorbeugen, eintretende Störungen zurückweisen und vollendete Störungen wieder beseitigen.

Er kann namentlich dem auf der That betroffenen und dem bei sofort nach erlangter Kenntniß des Vorfalls und Thäters eintretender Verfolgung erreichten Störer die von demselben weggenommene bewegliche Sache mit Gewalt wieder abnehmen und den Störer seines Grundbesitzes sofort nach erlangter Kenntniß von der Störung mit Gewalt von demselben vertreiben.

§§ 816—818 und die zweiten Absätze von §§ 819 und 820 zu streichen.

Statt § 819 Abs. 1.

Der in seinem Besitz Gestörte hat gegen den Störer einen Anspruch auf Unterlassung oder Verhütung drohender und auf Beseitigung eingetretener Störungen (Besitzstörungsklage).

Statt § 820.

Kann bei einem Streit um den Besitz die wirkliche Gestalt desselben nicht ermittelt werden, so hat das Gericht auf Antrag eines Theils den Besitzstand unter Berücksichtigung aller Umstände nach freiem Ermessen zu berichtigen (Besitzberichtigungsklage).

Statt § 822 (821).

Im Besitzprozesse kann der Beklagte ein Recht auf die Störungsthatsache nur insoweit geltend machen, als es zur Widerlegung der Behauptung einer Besitzstörung dienlich ist.

§ 823

wie im Entw. nur anstatt „als verbotene Eigenmacht gerügte Handlung" die Worte „als Störung bezeichnete Thatsache" zu setzen.

§ 824.

Der Anspruch des in seinem Besitze Gestörten (§ 819) verjährt in einem Jahre nach eingetretener Störung.

Auf Antrag des Beklagten wird er ausgeschlossen, wenn die Klage nicht innerhalb dreier Monate nach vom Kläger erlangter Kenntniß der eingetretenen Störung und der Person des Störenden erhoben ist.

§ 825.

sei aus dem Abschnitte vom Besitz zu entfernen.

Eine kritische Würdigung der Vorschläge ist selbstverständlich an dieser Stelle ausgeschlossen; verglichen aber mit der Besitzlehre des Entwurfs scheinen uns die R.'schen Vorschläge nicht nur der — zuweilen allerdings anfechtbaren — Form, sondern auch dem Inhalte nach den Vorzug der Volksthümlichkeit und der Lebensfrische zu haben.

Besitz und Inhabung. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Drittes Buch. Zweiter Abschnitt. Kritik und Gegenvorschläge von Dr. Otto Wendt, Professor zu Jena. (Archiv für civ. Praxis. Bd. 74. S. 135—178.)

Verf. wendet sich gegen die Terminologie des Entw. „Inhabung" sei als Kunstwort zu beseitigen und dafür „Besitz" zu sagen, zumal die „Besitzklagen", deren Zuständigkeit durch die Bestimmmungen über den Besitz festgestellt werden sollen, von der besonderen Richtung des Willens, die Sache als die eigene zu haben, absehen.

Zu § 800 (Besitzerwerb durch geschäftsunfähige Personen). Der Besitzwille des beschenkten Kindes unterscheide sich weder in Richtung noch Stärke von demjenigen erwachsener Personen; die für den Besitzschutz maßgebenden Thatsachen seien im vollen Maße vorhanden, auch wenn Vater oder Vormund nicht dabeistehen.

§§ 814, 815. Wer nur einen Anderen im Besitze vertrete, nicht für sich selbst die Gewalt über die Sache ausübe, dürfe jedenfalls seinem Herrn gegenüber keine eigenen Besitzrechte haben und solle sich gegen dessen Anordnungen und Verfügungen über die Sache nicht auflehnen dürfen (unbeschadet seiner Rechte aus dem Dienstverhältnisse). Dritten Personen gegenüber würden solche Detentoren nach § 85 C.P.O. als Geschäfsführer zugelassen werden müssen, und das sei ausreichend.

Zu §§ 819 Abs. 2, 820 Abs. 2. Bei den Bestimmungen über die Besitzklage sei die Erörterung über fehlerhaften Besitz und die daraus abzuleitende Vertheidigung ganz zu streichen. Der Beklagte werde von selbst die Vorschriften des § 815 zur Geltung bringen dahin, daß er nur das gethan habe, was ihm zu thun gestattet sei. Zudem werde durch die exceptio vitii in §§ 819 und 820 die Gruppe der gestatteten Eigenmacht über § 815 Abs. 3 ausgedehnt.

Zu § 823. Aus Zweckmäßigkeitsgründen sei derjenige, der die Klage aus dem Rechte erhoben habe, auf diese und die ihm gegebenen einstweiligen Verfügungen zu beschränken.

Zu § 2052. „Der Besitz und die Inhabung der zur Erbschaft ge-

hörenden Sachen gehen nicht kraft des Gesetzes auf den Erben über". Der Thatbestand des Besitzes gehe nicht über, wohl aber die Rechtsfolgen, und nur auf das letztere komme es an; dies sei entweder im Erbrecht oder im Abschnitt vom Besitz auszusprechen. § 2052 sei überflüssig, weil er sich aus den Anwendungsfällen der §§ 885 und 2054 ergebe.

Das Sachenrecht mit Ausschluß des besonderen Rechts der unbeweglichen Sachen im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Von Dr. Konrad Cosack, Professor der Rechte zu Berlin. — Berlin, J. Guttentag (D. Collin) 1889. 84 S. (13. Heft der Bekker und Fischer'schen Beiträge.)

Von den zahlreichen, ca. 280 Paragraphen betreffenden Ausstellungen und Besprechungen des Verf. können wir naturgemäß nur einzelne hervorheben.

Zu §§ 794, 795 mißbilligt C. das vom Entwurf für die Auseinandersetzung wegen der Früchte und Lasten zu Grunde gelegte Prinzip und empfiehlt das preußisch-rechtliche. (Annahme eines Wirthschaftsjahres.)

Zu § 797 ff. (Besitz und Inhabung) verlangt er eine umfassende Umarbeitung, sowohl hinsichtlich der Terminologie als auch namentlich hinsichtlich des Besitzschutzes. Der letztere sei nicht auf den Inhaber, sondern auf den Besitzer abzustellen. Dem bloßen Gehülfen in der Gewahrsam, z. B. einem Stellvertreter sei kein Besitzschutz zu gewähren.

Die Regelung des constitutum possessorium (§ 805), dessen Rechtswirksamkeit von der Angabe und dem Nachweis der zu Grunde liegenden causa abhängig gemacht werde, sei unpraktisch. Den vom Entw. mit dieser Regelung verbundenen Zweck will er dadurch erreichen, daß er allgemein alle Geschäfte, durch welche einem Gläubiger zum Zwecke der Sicherung ein dingliches Recht an einer beweglichen Sache vorbehalten und übertragen wird, nach den Regeln des Faustpfandrechts zu behandeln vorschlägt. Insonderheit will er unter diesem Gesichtspunkte auch den Möbelleihvertrag, dessen Behandlung er vermißt, betrachtet wissen.

Zu dem Satze „Hand wahre Hand" führt er aus: Diese Regel sei eine Beschränkung der Eigenthumsklage mit dem selbständigen Gedanken, daß jedes frühere Recht des Klägers durch den gegenwärtigen Besitz des Beklagten gebrochen werde, so daß Kläger die besonderen Gründe darthun müsse, aus welchen sein Recht zur Sache auch dem Besitze des Beklagten gegenüber fortdauere. Der Eigenthümer, welcher die freiwillig fortgegebene Sache bei einer anderen Person als dem ersten Empfänger in Anspruch nehme, „suche seinen Glauben ausnahmsweise da, wo er ihn nicht gelassen," er möge diese Ausnahme rechtfertigen.

Diese wichtige Beweisregel sei dadurch verloren gegangen, daß der Entw. die Regel „Hand wahre Hand" in die positive Form des Eigenthumserwerbes gebracht, anstatt den Besitzer bloß durch Beschränkung der Eigenthumsklage vindikationsfrei zu stellen.

Der „Lösungsanspruch" des redlichen Erwerbers gegen den Vindikanten (§ 939) sei zu beseitigen, jedenfalls aber auf den entgeltlichen Erwerb von

einem Gewerbetreibenden in dessen Gewerbebetrieb zu beschränken. Die Motivirung dieser Ansicht will uns nicht stichhaltig erscheinen. „Der Besitzer", sagt C., „hat seinem Veräußerer, nicht der Bestohlene seinem Diebe geglaubt; der Besitzer — nicht der Bestohlene — mag seinen Glauben suchen". Der Bestohlene, kann man entgegnen, hat sich, d. h. seiner custodia geglaubt, deshalb mag er den Schaden tragen.

Zu §§ 910 ff. (Gefundene Sachen) stellt er folgende Zweifelsfragen: „Ist die Polizei privatrechtlich haftbar, wenn sie versehentlich die Fundsache ohne Zustimmung des Finders ausliefert oder eine falsche Bescheinigung aus § 918 ausstellt? Bleiben die bei der Polizei angemeldeten, aber in die Bescheinigung nicht aufgenommenen Ansprüche Dritter an der Fundsache erhalten?

Bei werthvollen Sachen und bei Schätzen (von 300 M. ab) sei dem Staate oder der Gemeinde ein Antheil zu gewähren; event. sei der Fund- und Schatzerwerb hoch zu besteuern.

Beim Nießbrauch will er an Stelle der Ersatzpflicht für Abgänge ꝛc. (§ 1000) den Nießbraucher je nach der Dauer und der Art der Nutzung zur Entrichtung eines Amortisationsbeitrages, welcher sachverständig zu berechnen und bei Beendigung des Nießbrauchs fällig sei, verpflichten.

Zu §§ 1028 ff. (Nießbrauch an Forderungen) müht sich C. ab, eine Nutzung bei befristeten unverzinslichen Forderungen künstlich zu schaffen. Er muß indeß feststellen, daß „die Berechnung von Zwischenzinsen nicht zur bestimmungsmäßigen Nutzung unverzinslicher Forderungen gehöre", daß also der Nießbrauch an solchen Forderungen vor Eintritt der Fälligkeit so wenig Ertrag liefere, wie der Nießbrauch an einem unfruchtbaren Steinacker. Eine Ausnahme sei für solche Forderungen, welche diskontirt zu werden pflegen, z. B. Wechsel, zu machen; hier sei der Zwischenzins bestimmungsmäßige Nutzung (!), deshalb sei dem Nießbraucher schon vor Fälligkeit derartiger Forderungen zu gestatten, sich dieselben anzueignen bezw. die Indossirung des Wechsels an sich zu verlangen. Wie der Zwischenzins, d. i. ein Abzug, welcher von dem Betrage einer Forderung gemacht wird, als „Nutzung der Forderung" angesehen werden soll, bleibt unverständlich. Will C. dem Nießbraucher einer Wechselforderung das Recht geben, vor Eintritt der Fälligkeit durch Aufwendung des Zwischenzinses sich die Wechselsumme nutzbar zu machen?

§ 1147 Abs. 2, durch welchen die für die Veräußerung durch einen Nichteigenthümer geltenden Bestimmungen auf die Verpfändung übertragen werden (Schutz des redlichen Erwerbers), sei auch auf die gesetzlichen Pfandrechte auszudehnen.

Zu § 1166 (Verkaufsrecht nachstehender Pfandgläubiger). C. wünscht, daß das Verkaufsrecht bei beweglichen Sachen ganz ebenso wie bei Grundstücken behandelt, und daß das „geringste Gebot" auf das Faustpfandrecht übertragen werde.

In den §§ 1166 u. 1168 ist es von Erheblichkeit, ob der Pfandgläubiger das Pfand innehat oder nicht. C. hält diese Unterscheidung für eine ganz äußerliche und meint, daß es nach dem Entw. einen Unterschied machen solle, ob der Pfandgläubiger die Pfandsache selbst aufbewahre oder dieselbe

z. B. seinem Bankier zur Aufbewahrung übergebe. Indeß mit Unrecht. Vgl. Mot. III. S. 92, wonach die den Besitzwillen betreffenden Vorschriften auf den Inhabungswillen analog anwendbar sind: neben der Inhabung des Bankiers würde demnach auf der Grundlage des Vertretenseins eine „Oberinhabung" des Pfandgläubigers bestehen. Der von C. behauptete Unterschied ist demnach nicht vorhanden.

Zu §§ 1169 ff. An Stelle des vom Entw. aufgenommenen französischen Pfandverkaufs sei dem des Handelsgesetzbuchs — Erforderniß der gerichtlichen Erlaubniß zum Pfandverkaufe ohne ordentlichen Prozeß — der Vorzug zu geben.

Zum Sachenrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Gutachten I. Von Justizrath Max Wolff in Berlin (Anw.Gut. Heft 8 S. 619—630).

Von den kurzen Besprechungen fielen uns folgende besonders auf:

Zu § 805. Weil das constitutum erfahrungsgemäß zur Benachtheiligung Dritter diene, und weil ein Bedürfniß für dasselbe nicht vorliege, sei seine Wirksamkeit überhaupt zu verneinen (!).

Zu § 863. Die prozessuale Geltendmachung des Anspruchs auf einen Nothweg sei schwierig, wenn die Grundstücke mehrerer Nachbarn alternativ in Frage kommen. Die in Anspruch Genommenen können den Nachweis, daß ein Anderer weniger belästigt werde, führen, ohne daß diese inter partes getroffene Feststellung den Dritten gegenüber bindend sei. Zu einer Inanspruchnahme aller Nachbarn passe aber das ordentliche Prozeßverfahren nicht. W. will deshalb die Regelung dieses Anspruches und des bez. Verfahrens der Landesgesetzgebung überweisen.

Zum Sachenrecht des Entwurfs. Drittes Buch. Vierter Abschnitt. Titel III u. IV. Von Justizrath Rieß in Kassel. (Anw.Gut. Heft 8 S. 631—692.)

R. stellt eine Reihe von Einzelkritiken auf und erhebt mehrfach — theilweise gegen die Motive gerichtete — Bedenken. Wir beschränken uns auf die Hervorhebung einiger der in mancher Hinsicht beachtenswerthen Bemerkungen.

Zu § 877 ff. wünscht R. die Beschränkung des Grundsatzes „Hand wahre Hand" auf die Fälle des entgeltlichen Erwerbes.

Zu § 928. Gegenüber den Mot. will R. eine Anzeigepflicht des Schatzfinders gegenüber dem Sacheigenthümer statuiren zugleich mit der Bestimmung, welchen Nachtheil die Verletzung dieser Pflicht bezw. die absichtliche Verheimlichung des Fundes zur Folge habe.

Zu § 930 ff. Die Loslösung der sich im Eigenthume gründenden persönlichen Nebenansprüche wegen Nutzung, Bereicherung und Schadensersatz von dem rein dinglichen Anspruche auf Herausgabe der Sache sei nicht gutzuheißen. R. weist auf die Bedenklichkeit der auch von den Motiven (III. S. 393) erwogenen Konsequenz hin, daß nach der Regelung durch den Entwurf für die Geltendmachung der bezeichneten Ansprüche der Gerichtsstand der belegenen Sache nicht begründet sei. Mit Recht hebt R. hervor, daß dieser Mangel bei der Auffassung des Entwurfs von diesen Ansprüchen nicht, wie die Mot. andeuten, durch die Bezugnahme auf das forum delicti commissi beseitigt werde.

R. wendet sich ferner in ausführlicher Darlegung aus systematischen und sachlichen Gründen gegen die Art, in welcher der Entwurf das Rechtsverhältniß des beklagten Besitzers oder Inhabers zum klagenden Eigenthümer bez. der Nebenansprüche zusammenfassend regeln will.

Zu § 939 hält er es für unbillig, den Lösungsanspruch im Falle nicht rechtzeitiger Anzeige erlöschen zu lassen.

Zu § 945. Mit Rücksicht auf das geringe Anwendungsgebiet des § 945 sei zu erwägen, ob der publizianische Anspruch nicht ganz fallen zu lassen sei, zumal der Zweck dieses Anspruchs — der Ausschluß der exceptio de iure tertii — nach § 945 doch nicht erreicht werde, vielmehr der Einwand, daß Kläger **Kenntniß** von dem Eigenthum des Dritten beim Besitzerwerbe hatte, zugelassen sei.

Zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Buch III. Abschnitt 9 Titel 1 u. 2. Von Reichsgerichtsrath a. D. **von Meibom** in Kassel. (Arch. f. civ. Pr. Bd. 74 S. 337—386.)

M. verzichtet darauf, gegenüber der Auffassung des Entw. von Hypothek und Grundschuld als Rechten an der Sache, welchen die Verpflichtung des Eigenthümers und jedes Dritten entspricht, die Beitreibung der Forderung, welche durch die Hypothek gesichert ist, oder der Grundschuldsumme aus dem Grundstücke mittels Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung zu dulden, für seine Auffassung der Hypothek als **Realobligation** in die Schranken zu treten.

Er bespricht die Uebertragung der Hypothek, die Sicherungshypothek, die Vormerkungen, den Anspruch aus Hypothek und Grundschuld und die Einreden gegen denselben.

Die Prüfung des Hypotheken- und Grundschuldrechts führt ihn zu dem allgemeinen Urtheile, daß der Entw. dem Bedürfnisse des heutigen Rechtslebens Genüge leiste und deshalb durchaus geeignet sei, geläutert durch weitere Lesungen, dem Reichstag vorgelegt zu werden.

Im Einzelnen seien folgende Ausstellungen hervorgehoben:

a. **Bezüglich der Uebertragung der Hypothek.**

Zu § 1087. Die Abtretung der **Buchhypothek** sei nicht von der Eintragung abhängig zu machen. Es müsse gerichtliche oder notarielle Beglaubigung der Abtretungserklärung genügen. Auch sei eine Bestimmung erforderlich, daß die Erklärung der Abtretung ohne Weiteres die Bewilligung der Eintragung enthalte.

Zu § 1112. Die Abtretungserklärung bei der **Briefhypothek** habe schriftlich auf dem Hypothekenbrief oder einer mit derselben verbundenen Anlage zu erfolgen. Gerichtliche oder notarielle Beglaubigung sei ebensowenig wie bei den Wechselindossamenten zu erfordern.

Die Blanko-Abtretung sei, unter Entscheidung gewisser im bestehenden Rechte vorhandener Kontroversen zuzulassen; event. sei die Nichtzulassung ausdrücklich auszusprechen.

Zu § 1116. Bei der selbständigen Bedeutung, welche der Entw. dem Hypothekenbriefe gebe, sei ein Zusatz angemessen, daß bei Abweichung des

Inhalts des Hypothekenbriefes von dem des Grundbuchs, der erstere entscheide, wenn der Inhalt des Grundbuchs beim Erwerbe der Hypothek dem Erwerber nicht bekannt gewesen sei.

b. Bezüglich der Sicherungshypothek.

Die Koordination der Sicherungshypothek mit der Buch- und Briefhypothek sei verwirrend, da die Sicherungshypothek eine Unterart der Buchhypothek sei (§ 1127). Auch sei der Name „Sicherungshypothek" zu beanstanden, da alle Hypotheken den Zweck der Sicherung haben; gerade bei der „Sicherungshypothek" habe der Gläubiger geringere Sicherheit als bei den anderen Arten. In dem Sinne von „Sicherheitsleistungs"-Hypothek passe der Name nur für die Kautions- und Arresthypothek, nicht auch für die Zwangshypothek. Die letztere, für welche nur die wenigsten Vorschriften über die Kautionshypothek passen, da die bez. Forderung ihrem Bestande wie ihrem Umfange nach durch das vollstreckbare Urtheil von vornherein bestimmt sei, finde ihre Regelung besser in dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

Zu § 1134. Es gehe zuweit, die Umwandlung der Sicherungshypothek in eine Hypothek von einem Vertrage mit den gleich- oder nachstehenden Gläubigern abhängig zu machen, dessen Abschluß in deren Belieben gestellt werde. Die Einwilligung dürfe nur wegen unrichtiger Feststellung der Forderung versagt werden und müsse durch Urtheil gemäß § 779 Abs. 1 C.P.O. ersetzt werden können.

c. Bezüglich der Vormerkungen.

M. rügt den Mangel eines Mittels, durch welches eine einstweilige Verfügung zur Sicherung der Forderung auf Bewilligung der Eintragung eines noch nicht bestehenden Rechts am Grundstücke (vgl. § 844) vollzogen werden könne: dem § 833 sei entsprechende Anwendbarkeit zu geben für die Eintragung einer Zwangshypothek zur Vollziehung eines nur vorläufig vollstreckbaren Urtheils, sowie — hinsichtlich der Eintragung eines noch nicht bestehenden Rechts am Grundstücke — zur Vollziehung einer die Eintragung anordnenden einstweiligen Verfügung des Gerichts.

Zu § 845. Nach Ausschluß der protestationes pro conservando iure et loco handele es sich bei den Vormerkungen des Entwurfs nur um die Beurkundung und Bekanntmachung des gegen die Richtigkeit des Grundbuchs erhobenen Widerspruchs. Es bedürfe keiner Prüfung der Richtigkeit dieses Widerspruchs durch den Prozeßrichter. Der Antrag sei vielmehr unmittelbar bei dem Grundbuchrichter zu stellen, welcher gemäß § 845 Entw. in Verbindung mit §§ 806—815 C.P.O. eine Frist zur Erhebung der Klage zur Vermeidung der Löschung zu setzen habe.

d. Bezüglich des Anspruchs aus der Hypothek und Grundschuld.

Zu § 1075. Zur Vermeidung einer bei der Fassung des Entw. zu erwartenden Streitfrage sei die Unzulässigkeit von Revenüenhypotheken ausdrücklich auszusprechen (vgl. Mot. III. S. 633. Einf.Ges. Art. 36).

Zu § 1098. Die Bestimmung, daß kraft der Eigenthümerhypothek der Berechtigte die Beitreibung einer dem Betrage der eingetragenen Forderung gleichkommenden Geldsumme verlangen könne, sei dahin zu beschränken, daß dieser Betrag nur insoweit verlangt werden könne, als die Forde-

rung zur Zeit der Umwandlung der Hypothek in eine Eigenthümerhypothek noch bestanden habe.

Im E.G. fehle die in Mot. III. S. 676 in Aussicht gestellte und wesentliche Vorschrift, daß der hypothekarische Anspruch als Geldforderung i. S. der C.P.O. (§§ 555, 628, 702 Abs. 5) zu gelten habe.

e. Bezüglich der Einreden gegen den Anspruch aus der Hypothek und Grundschuld.

Abgesehen von einem redaktionellen Gegenvorschlage zu § 1084 will M. zu § 1089 — entgegen dem Entw. — die Einwendungen, welche im Falle der Abtretung einer Forderung nach §§ 303—305 (Gegenforderung gegen den Zedenten, Leistung an ihn, anderweite Uebertragung derselben Forderung) dem Zessionar entgegengesetzt werden können — auch gegen die Klage aus der Hypothek zulassen.

Wegen der Begründung der Abänderungsvorschläge verweisen wir auf die Schrift selbst.

Pfandrecht und Grundschuld. Von Rechtsanwalt Scholler in Landau. (Anw.Gut. Heft 5. S. 359—375.)

Wir heben folgende Punkte hervor;

Zu § 1130 (Zwangshypothek) regt Sch. die Frage an, ob nicht eine gewisse Grundfläche von der Zwangshypothek befreit und unveräußerlich eine Heimstätte des Schuldners bleiben soll. Nur auf diese Weise könne § 715 Abs. 5 C.P.O. wirklich wirksam gemacht werden, da sonst nach Enteignung des Grund und Bodens der Schutz hinsichtlich des unentbehrlichen Geräths, Inventars, Düngers ꝛc. hinfällig werde.

Zu § 1145 will er hängende Früchte im letzten Monat vor der Reife und schlagbare Hölzer hinsichtlich der Verpfändung den beweglichen Sachen gleichachten, und die Verpfändung mittels eines Vertrages, der in ein beim Grundbuchamt zu führendes Register einzutragen sei, zulassen.

Sch. wünscht ferner für Grundstücke, welche nur mit Buchhypotheken belastet sind, zu Gunsten des Erwerbers des Grundstücks ein Hypothekenreinigungsverfahren, ähnlich dem in Art. 2183 ff. des code civil geregelten.

Die Eigenthümerhypothek und die Eigenthümergrundschuld. Von Dr. Hermann Staub, Rechtsanwalt in Berlin (Anw.Gut. Heft 6. S. 407 bis 418).

St. protestirt gegen die Uebernahme der Eigenthümerhypothek, welche eine juristische Unmöglichkeit sei, in das neue Gesetz. Der Zweck, dem dieselbe diene, sei durch die positive Vorschrift zu erreichen, daß beim Löschen einer Post die späteren Hypotheken nicht vorrücken. St. führt aus, daß mit Unrecht der Satz vom Vorrücken der Nachhypotheken als ein aus dem Begriffe des Pfandrechts sich ergebendes Dogma angesehen werde. Der Inhalt der Verpfändungserklärung bezüglich der an erster bezw. zweiter Stelle stehenden Hypothek sei, daß das Grundstück mit allen seinen Theilen, mit allen An- und Zuwüchsen und allem Zubehör (Totalität des Pfandrechts) in der Art und mit der Maßgabe verpfändet werde, daß dem Primus die bei der Verwerthung zu erzielenden ersten 1000 M., dem Sekundus die bei der Verwerthung zu erzielenden zweiten 1000 M. zufallen sollen.

Bei diesem Inhalt der Verpfändungserklärung widerspreche das auf unabweislicher Naturnothwendigkeit nicht beruhende Vorrücken dem Willen der Parteien und sei deshalb unberechtigt.

Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten. Von Rechtsanwalt Dr. Wernick in Eisenach (Anw.Gut. Heft 5. S. 376—406).

Verf. hat die einschlägigen Bestimmungen des Entw. unter dem Gesichtspunkte einer Prüfung unterzogen, daß es Aufgabe des Gesetzgebers sei, den Kredit durch die Möglichkeit der Verpfändung von beweglichen Sachen und Rechten bei thunlichster Sicherung des Gläubigers zu erleichtern, ohne dadurch die Sicherheit des Verkehrs im Allgemeinen zu gefährden.

Von seinen nur Einzelheiten betreffenden Bemerkungen heben wir folgende hervor:

Zu § 1147. Aus wirthschaftlichen Gründen sei die Bestellung des Faustpfandes mittels const. poss. zuzulassen. Die Bedenken bezüglich der Verkehrssicherheit seien zu beseitigen durch das Erforderniß gerichtlicher oder notarieller Form des Pfandvertrages und des Konstituts, sowie der Eintragung derselben in ein öffentliches Pfandregister mit der Maßgabe, daß das Pfandrecht erst mit der Eintragung entstehe; ferner durch eine Strafbestimmung, gerichtet gegen die „Unterschlagung" durch den Inhaber der verpfändeten eigenen Sache.

Zu §§ 1149 bezw. 672 Abs. 2 wendet sich W., wohl mit Unrecht, gegen die angebliche Beschränkung der Haftung (des Pfandes bezw. des Bürgen), welche nicht die auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhenden Zinsen umfasse. Der Entw. beschränkt die Haftung nur hinsichtlich derjenigen Erweiterungen, welche auf einem nach Schließung des Pfand- bezw. Bürgschaftsvertrages von dem Hauptschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte beruhen.

§§ 1169—1178 (Pfandverkauf). Die Verantwortlichkeit des Pfandgläubigers habe sich nur bis zur Abgabe des Pfandes an den Gerichtsvollzieher und bis zur Beauftragung desselben mit dem Verkaufe zu erstrecken; für den Verkauf selbst sei dieser verantwortlich zu machen. Die Haftung des Pfandgläubigers für Mängel sei zu beseitigen und dementsprechend § 395 auf den Pfandverkauf auszudehnen.

Zu §§ 1211. Zur Verpfändung einer Forderung, welche ein Minus der Uebertragung sei, müsse der Pfandvertrag genügen, ohne daß eine Anzeige des Verpfänders an den Schuldner zu fordern sei. Die Rücksichtnahme der Mot. auf Prozeß- und Konkursrecht sei unbegründet, da dieses mit dem bürgerlichen Recht in Einklang gebracht werden müsse, nicht umgekehrt.

Buch IV. Familienrecht. Abschnitt 1. Ehe. Von dem Königl. Advokaten Rechtsanwalt Dr. Berolzheimer in Nürnberg. (Anw.Gut. Heft 4. S. 295 bis 317.)

Verf. stellt die Resultate seiner Besprechung in 46 Vorschlägen zusammen. Wir heben folgende hervor:

Zu § 1228 sei bei einem schriftlichen Verlobungsvertrage die wirksame Setzung eine Vertragsstrafe für den Fall des Rücktritts zuzulassen.

Zu § 1259. Die Anfechtung der Ehe wegen Irrthums über wesentliche Eigenschaften oder Verhältnisse des anderen Theils sei zuzulassen.

§ 1390 macht die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung eines Ehegatten, durch welche ein Abkömmling von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen oder ihm ein geringerer als der gesetzliche Antheil zugewendet werden soll, abhängig von der Zustimmung des anderen Ehegatten; dieselbe ist unwiderruflich. B. meint, es sei kein Anlaß, bei Einverständniß beider Ehegatten den Widerruf auszuschließen, und schlägt vor, zu sagen: „sie ist einseitig unwiderruflich." Er übersieht, daß die letztwillige Verfügung als solche begrifflich jederzeit widerruflich ist, und daß beim Widerruf dieser die Zustimmung des anderen Ehegatten irgend eine selbständige Bedeutung nicht hat.

Zu § 1406 bezw. 777 schlägt er vor, im Interesse der Pietät hinzuzufügen: „Von Eltern können weder ihre Abkömmlinge noch deren Vormünder oder Pfleger einen Offenbarungseid verlangen."

Zu § 1440 ff. Als Ehescheidungsgründe seien ferner zuzulassen gegenseitige Einwilligung (mit gewissen Kautelen gegen Leichtsinn, Uebereilung, Zwang) und Wahnsinn.

Zu § 1441. Die nach § 175 St.G.B. strafbaren Handlungen seien ebenso wie die mit Gewalt geschehene Vornahme unzüchtiger Handlungen an einer Frauensperson nicht als absoluter, sondern als relativer Scheidungsgrund zu erachten.

Zu § 1443 giebt B. zur Erwägung, ob mit Rücksicht auf die Erschwerung, Vertheuerung und Verschleppungsmöglichkeit nicht ein auf einseitigen Antrag zu erlassender Rückkehrbefehl der Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft vorzuziehen sei.

Zu E.G. Art. 11 §§ 573a, 575a C.P.O., welche eine Offizialthätigkeit des Gerichts für die Prüfung der Prozeßvollmacht in Ehesachen einführen, protestirt B. gegen das angeblich sich hieraus ergebende ungerechtfertigte Mißtrauen gegen den Anwaltstand (vgl. demgegenüber Mot. S. 80).

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich und das Preußische Allgemeine Landrecht. Eine vergleichende Darstellung zur Einführung in das Studium des Entwurfs. Von Dr. Franz Leske, Landrichter in Gleiwitz. Leipzig, Veit u. Co. 1889. 194 S.

Der Verf. hat sich die Aufgabe gestellt, den landrechtlichen Juristen in das Studium des Entw. einzuführen und dieses Studium durch eine kurze vergleichende Darstellung der Systeme des Landrechts und des Entwurfs zu erleichtern.

Durch klare und präzise Hervorhebung der hauptsächlichsten Unterschiede und Abweichungen beider Rechtssysteme regt er zu einer vergleichenden Beurtheilung und damit zu einem tieferen Eindringen in das System des Entw. an. Der Verf. hat nicht nur, wie der Titel anzudeuten scheint, das Recht des A.L.R., sondern selbstverständlich auch die im Gebiete desselben geltenden preußischen und reichsrechtlichen Ergänzungs- und Spezialgesetze, sowie die einschlägige Theorie und Praxis reichlich berücksichtigt. Zuweilen findet sich auch ein Hinweis auf die Literatur des Entw. Von einer Kritik im

Einzelnen sieht der Verf., ausgenommen sein Bedauern über den Mangel einheitlicher Regelung der Erlangung und des Verlustes der juristischen Persönlichkeit, ab, wünscht aber, daß der Entw. in nicht allzu langer Zeit und in nicht wesentlich veränderter Gestalt an den deutschen Reichstag gelangen möge.

Wir können das Buch, dessen Brauchbarkeit durch ein alphabetisches Sachregister noch erhöht wird, als praktisches Hülfsmittel zur ersten Einführung in den Entwurf unseren Lesern empfehlen.

(Fortsetzung folgt.)

Aus der Praxis.

Einzelne Rechtsfälle.

Nr. 24.

Rücktritt von einem noch nicht erfüllten Vertrage auf Grund wechselseitiger Einigung. A.L.R. I. 5 § 387. Müssen beide Vertragsexemplare vernichtet werden, wenn sie nur mit der Unterschrift je eines Vertragstheiles versehen waren?

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 13. April 1889 in Sachen S., Klägers, wider S., Beklagten. V. 8/89.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Hamm ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Die jetzigen Parteien haben am 9. September 1884 gemeinschaftlich ein Grundstück von dem Oekonomen D. in Eidinghausen gekauft. Der Kaufvertrag wurde in zwei gleichlautenden Exemplaren ausgefertigt, von denen eines der Verkäufer, das andere die beiden Käufer unterschrieben, jenes Exemplar wurde dem Kläger zugleich mit für den Beklagten, dieses dem Verkäufer ausgehändigt. Am 2. Januar 1886 haben sodann die beiden Parteien einen schriftlichen Vertrag mit einander geschlossen, wonach jede eine bestimmte Fläche des gekauften Grundstücks erhalten und bezahlen, sowie berechtigt sein sollte, bezüglich ihrer Fläche unabhängig von der anderen Partei ihre Rechte gegen den Verkäufer geltend zu machen, zu welchem Behuf sie sich wechselseitig die vollen Rechte aus dem Kaufvertrage gegen den Verkäufer übertrugen. Der jetzige Kläger verlangt nach den Grundsätzen über gemeinschaftliches Eigenthum sowie auf Grund des Vertrages vom 2. Januar 1886: daß der Beklagte gemeinschaftlich

mit ihm die Rechte aus dem Vertrage vom 9. September 1884 gegen den Verkäufer geltend mache, eventuell insoweit dies erforderlich sei, um dem Kläger die ihm nach dem Vertrage vom 2. Januar 1886 gebührenden Rechte zu verschaffen.

Gegen diese Klage hat der Beklagte unter Anderem eingewendet, daß der Kaufvertrag vom 9. September 1884 vor irgend welcher Erfüllung durch mündliche Uebereinkunft aller Kontrahenten und Kassation des dem Verkäufer eingehändigten Vertragsexemplars wieder aufgehoben worden sei; was der Kläger bestreitet.

Während in erster Instanz der Beklagte nach dem Eventualantrage des Klägers verurtheilt wurde, hat der Berufungsrichter die Klage abgewiesen, indem er annimmt, daß dieselbe freilich nach den Grundsätzen über die Gemeinschaft an sich begründet sein würde, daß aber der Kaufvertrag vom 9. September 1884, aus welchem die Gemeinschaft entstanden, und damit die Gemeinschaft selbst wieder aufgehoben worden sei.

Entscheidungsgründe:

Der Berufungsrichter hat auf Grund der Zeugenaussage des Verkäufers D. und derjenigen des Beklagten aus dem Vorprozeß des Klägers gegen D. festgestellt, daß alle Kontrahenten mündlich über die Aufhebung des Kaufvertrages vom 9. September 1884 übereingekommen sind. Dabei sind keine Rechtsgrundsätze verletzt, auch ist nicht, wie der Kläger meint, übersehen worden, daß er selbst seine Einwilligung in die Aufhebung des Vertrages nur unter der Bedingung erklärt habe: wenn er nicht binnen drei Tagen seine Papiere in Ordnung habe, womit gesagt sein sollte: wenn nicht binnen jener Frist der Verkäufer den verlangten Weg bewillige. Der Verkäufer ist auf dieses Verlangen nicht eingegangen und konnte darauf nicht eingehen, weil er den Weg schon anderweitig verkauft hatte; wenn also der Verkäufer sich, wie der Berufungsrichter feststellt, sofort mit der Vertragsaufhebung einverstanden erklärte, so war damit schon entschieden, daß die gedachte Bedingung des Klägers eingetreten sei. Die **Vereinbarung** zwischen dem Kläger und dem Verkäufer über die Aufhebung des Vertrages war sonach eine bedingungslose und unterlag deshalb nicht dem in § 388 A.L.R. I. 5 aufgestellten Erforderniß schriftlicher Abfassung. Allerdings aber mußte nach § 387 a. a. O. die Kassation des über den Vertrag aufgenommenen schriftlichen Instruments hinzukommen, und der Kläger rügt ferner, daß

der Berufungsrichter angenommen hat, auch diesem Erforderniß sei Genüge geschehen.

In dieser Beziehung bestreitet der Kläger zunächst, daß eine einseitige Kassation durch einen der Vertragsgenossen genüge, indem er ausführt, sie müsse auf einem einheitlichen Willensakt aller Vertragsgenossen beruhen, und daß dies hier der Fall, wo nur der Verkäufer D. das ihm eingehändigte Vertragsexemplar zerrissen hat, sei mit Unrecht vom Berufungsrichter angenommen worden. Dem gegenüber ist zuzugeben, daß die sämmtlichen Vertragsgenossen allerdings die Kassirung des Vertragsinstruments wollen müssen, wenn sie beabsichtigen, den Vertrag wieder aufzuheben, denn ohne jene Kassirung würden sie nach der gesetzlichen Vorschrift in dem zitirten § 387 diese Absicht nicht erreichen. Ein Mehreres folgt aber daraus nicht, namentlich nicht, wie der Kläger zu verlangen scheint, daß sie noch besonders die Kassation vereinbaren oder diese sogar gemeinschaftlich ausführen müßten. Da nun der Berufungsrichter für erwiesen hält, daß der Verkäufer sein Vertragsexemplar auf Grund der allerseits vereinbarten Aufhebung des Vertrages vernichtet habe, so ist damit deutlich festgestellt, daß die Kontrahenten über diese Vernichtung einverstanden gewesen sind, und das genügt.

Der Kläger ist aber weiter der Ansicht, daß eine Kassation im Sinne des Gesetzes nur dann vorliegen würde, wenn beide Vertragsexemplare, auch dasjenige, welches er selber (für sich und den Beklagten als Käufer) besitze, vernichtet wären. Der Berufungsrichter hält dies in einem Fall, wo wie hier die beiden Exemplare nur mit der Unterschrift je eines Vertragstheils versehen sind, nicht für erforderlich; in solchem Fall bildeten erst beide Urkunden zusammen das über den Vertrag aufgenommene Instrument, welches also bei der Vernichtung auch nur einer Urkunde nicht mehr vorhanden sei. Daß dies unter allen Umständen, also auch dann richtig sei, wenn das nicht vernichtete Exemplar bei der Vereinbarung über die Vertragsaufhebung bereits auch von dem Besitzer desselben unterzeichnet war, wozu derselbe befugt ist (vgl. Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 6 S. 354), mag mit Grund bezweifelt werden; richtig ist aber jene Ausführung des Berufungsrichters für den vorliegenden Fall, wo allseitig davon ausgegangen ist, daß das dem Kläger eingehändigte Exemplar nur mit der Unterschrift des Verkäufers, nicht auch mit derjenigen der beiden Käufer, des Klägers und des Beklagten, versehen worden ist. So beschaffen stellte dieses Exemplar in dem

Augenblick, als die Vertragsaufhebung vereinbart wurde, ein unvollkommenes Vertragsinstrument dar, welches die Funktionen eines solchen zu erfüllen für sich allein untauglich war, so daß jetzt in der That nach der Vernichtung des vom Verkäufer besessenen Exemplars ein taugliches Vertragsinstrument nicht mehr vorhanden war, diese Vernichtung des einen Exemplars also eine die Aufhebung des Vertrages vollendende Kassation des Vertragsinstruments enthielt. Darum würde eine nach diesem Zeitpunkt etwa erfolgende Hinzufügung der Unterschriften der Käufer auf dem noch vorhandenen Exemplar der Vereinbarung der Kontrahenten zuwiderlaufen, also unberechtigt sein, und nicht mehr vermögen, ein gültiges Vertragsinstrument herzustellen.

Nr. 25.

Schenkung von Sparkassenbüchern.
A.L.R. I. 11 §§ 1065, 1068.
Erfordernisse der Uebergabe der geschenkten Sparkassengelder an den Geschenknehmer.
A.L.R. I. 7 §§ 59, 97.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 8. April 1889 in Sachen der Wittwe M., Beklagten, wider E. und Gen., Kläger. IV. 17/89.)

Die Revision der Beklagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Königsberg ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Der am 19. Februar 1887 verstorbene und von seinen Geschwistern, nämlich den drei Klägern und der Beklagten, beerbte Eigenthümer Karl August M. hat zwei Tage vor seinem Tode am 17. Februar von drei ihm gehörenden Sparkassenbüchern der städtischen Sparkasse zu Königsberg das eine über 305,39 M. der Beklagten und die beiden anderen über zusammen 2178,48 M. der Wilhelmine M., einer Tochter der Beklagten, mündlich geschenkt und übergeben mit der Ermächtigung, die Guthaben für ihre Rechnung einzuziehen. Die Beklagte hat sogleich am Tage der Schenkung durch den Postagenten L. die Sparkasse schriftlich unter Beifügung der ihrer Tochter geschenkten Sparkassenbücher im Namen des Erblassers um Uebersendung des Betrages postlagernd an diesen ersuchen und hinsichtlich des ihr geschenkten Sparkassenbuchs den von dem Gemeindevorsteher F. bereits im Auftrage des Erblassers geschriebenen, ebenfalls das Ersuchen um Einsendung des Geldes an diesen enthaltenden

Brief mit Sparkassenbuch abgehen lassen. Dem Ersuchen entsprechend hat die Sparkasse das Geld durch die Post an den Erblasser abgesandt, dieser ist jedoch, als das Geld ankam, nicht mehr am Leben gewesen, und das Geld von der Post an die Beklagte ausgehändigt.

Die Kläger behaupten, das Geld gehöre noch zum Nachlasse und klagen auf Anerkennung dieses Rechts und Einzahlung des Gesammtbetrages mit Verzugszinsen seit dem Empfang zur Nachlaßmasse.

Diesem von dem ersten Richter abgewiesenen Klageantrage hat der Berufungsrichter stattgegeben.

Entscheidungsgründe:

Der Berufungsrichter hält in Uebereinstimmung mit der in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 9 S. 245 und Bd. 17 S. 295 vertretenen Rechtsansicht die mündliche Schenkung einer Sparkassenforderung durch die mit der Ermächtigung zur Einziehung seitens des Geschenkgebers erfolgte Aushändigung des Sparkassenbuchs an den Beschenkten in Verbindung mit der Einziehung der Forderung seitens des Beschenkten für eine gültige durch Uebergabe vollzogene Schenkung einer beweglichen Sache im Sinne der §§ 1065 und 1068 A.L.R. I. 11. Der Berufungsrichter nimmt ferner an, daß der Besitz der zu schenkenden Summen durch die Uebergabe des Buchs und die Ermächtigung zur Einziehung seitens des Geschenkgebers im vorliegenden Falle gemäß § 59 A.L.R. I. 7 gehörig erledigt worden sei; er vermißt aber die zum Abschluß der Schenkung erforderliche Fehlerfreiheit in der Besitznehmung seitens der Beschenkten, weil die Beklagte, statt die für den Erblasser bestimmten Geldsendungen zurückzuweisen oder für den Nachlaß anzunehmen, ohne den Willen des Schuldners, der die Schenkung durch Uebergabe vollziehen sollte, lediglich durch ein Versehen oder Eigenmächtigkeit des Bevollmächtigten desselben, wenn auch mit dem Willen des Geschenkgebers, in den Besitz der geschenkten Gelder gekommen sei und somit unredlich und gemäß § 97 A.L.R. I. 7 auch betrüglich oder doch heimlich im Sinne des § 98 daselbst gehandelt habe. Jedenfalls habe, so führt das Berufungsurtheil weiter aus, die Beklagte das unredlicher Weise in Besitz genommene Geld für die zum Besitze berechtigten Erben zur Nachlaßmasse herauszugeben.

Vergebens bekämpft die Revisionsklägerin den Entscheidungsgrund des Berufungsrichters, daß eine gehörige Uebergabe der Sparkassengelder an sie nicht erfolgt sei, als angeblich rechtsnormverletzend. Die

Sparkasse hatte, da abweichende Bestimmungen des Darlehnsvertrages aus den Statuten nicht festgestellt sind, den gesetzlichen Vorschriften der §§ 776, 769, 770 A.L.R. I. 11 entsprechend die Rückzahlung der durch die Sparkassenbücher verbrieften Beträge am Wohnort des Gläubigers zu leisten. Gläubiger war nach den Sparkassenbüchern und den bei Einsendung derselben beigefügten Begleitschreiben, in welchen die Uebersendung der Buchbeträge nachgesucht wurde, der Erblasser der Parteien. An diesen sandte daher die Sparkasse die Beträge mit der Post ab und behielt außer der Gefahr auch den Besitz der Sendung, welchen sie durch die Post als ihren Bevollmächtigten so lange fortsetzte, bis die Geldsendung dem Gläubiger gehörig übergeben war. Eine Uebergabe an den Gläubiger hat nicht stattfinden können, weil dieser vor der Uebergabe bereits verstorben war. Wohl aber ist die Geldsendung, welche an den Erblasser adressirt war, von der Postverwaltung an die Revisionsklägerin ausgehändigt worden. Für die Entscheidung der Frage, ob diese Aushändigung für eine gehörige Uebergabe zu erachten sei, ist zunächst die Auffassung zurückzuweisen, daß etwa die Revisionsklägerin als Bevollmächtigte des Erblassers gelten müsse. Abgesehen davon, daß dieselbe nicht als Bevollmächtigte aufgetreten ist, steht auch die Vorschrift des § 186 A.L.R. I. 13, nach welcher der Tod des Machtgebers regelmäßig den Auftrag aufhebt, entgegen. Ebenso wenig ist der Vorwurf zutreffend, daß die Frage, ob die Revisionsklägerin durch gehörige Uebergabe seitens der Sparkasse in den Besitz der Gelder gelangt sei, den Revisionsbeklagten gegenüber ein Einwand aus dem Rechte eines Dritten sei. Denn für die Revisionsbeklagten gehörten die Sparkassenbuchbeträge, welche auf den Namen ihres Erblassers mit der Post eingegangen waren, zum Nachlasse, wenn nicht die Revisionsklägerin den ihr obliegenden Beweis der durch den Erblasser ihr gemachten Schenkung der Sparkassenforderungen führte. Zum Abschluß der hier in Frage stehenden Schenkung gehörte aber nicht nur die seitens des Erblassers erklärte Besitzerledigung hinsichtlich der Sparkassenbeträge, sondern auch die Uebertragung des Besitzes an denselben auf die Revisionsklägerin seitens der Sparkasse; fehlte das letztere Erforderniß, so war der thatsächlich erlangte Besitz objektiv fehlerhaft und daher ungehörig zum Abschluß gelangt. Eine Erklärung dafür, daß mit ihrem Willen die Aushändigung der Sparkassenbeträge an die Revisionsklägerin erfolgt sei, hat die Sparkasse nicht abgegeben; aus den Verhältnissen ergiebt sich vielmehr das Gegentheil, daß nämlich die Sparkasse, weil sie die Geld-

sendungen an den Erblasser adressirt, nicht den Willen gehabt hat, die Sparkassenbeträge der Revisionsklägerin auszuantworten. Hat die Revisionsklägerin die für den Erblasser bestimmten Geldsendungen in Empfang genommen, so hat sie rechtlich nur als Vertreterin des Nachlasses für die Gemeinschaft der Erben gehandelt und ist daher verpflichtet, die Geldbeträge zum Nachlaß herauszugeben. Die Revisionsbeklagten handeln auch nicht etwa arglistig, da sie nicht verpflichtet sind, eine nicht völlig zum Abschluß gelangte Schenkung ihres Erblassers als gültig anzuerkennen, und ebenso wenig kann sich die Revisionsklägerin darauf berufen, daß sie selbst den Anlaß dazu gegeben habe, daß die Geldsendungen in Folge der den übersandten Sparkassenbüchern beigefügten Begleitschreiben an den Erblasser und nicht an sie selbst adressirt worden seien; denn abgesehen davon, daß die Begleitschreiben für den Uebertragungswillen der Sparkasse entscheidend waren, läßt sich auch gar nicht ermessen, ob die Sparkasse, welche das Recht, aber nicht die Pflicht hatte, an den Vorzeiger der Sparkassenbücher zu zahlen, an die Revisionsklägerin, wenn sie für sich selbst die Uebersendung der Sparkassenbeträge bei Einsendung der Sparkassenbücher nachgesucht hätte, die Geldbeträge übersandt haben würde.

Nr. 26.

Ehescheidungsprozeß. Ist die Klage wegen böslicher Verlassung unstatthaft, wenn der Vorschrift des § 5 Abs. 3 des preuß. Ausführungsgesetzes zur C.P.O. vom 24. März 1879 zuwider der nicht in Gegenwart des andern Theils verkündete Rückkehrbefehl im Auftrage des Gerichts, und nicht vielmehr im Auftrage derjenigen Partei, welche ihn erbeten hat, zugestellt wird?

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 8. April 1889 in Sachen W., Beklagten, wider seine Ehefrau, Klägerin. IV. 18/89.)

Auf die Revision des Beklagten ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Naumburg a. S. aufgehoben.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Klage der Ehefrau war in erster Instanz auf halsstarrige und fortdauernde Versagung der ehelichen Pflicht, dringende Vermuthung der verletzten ehelichen Treue, Ehebruch und einseitige unüberwindliche Abneigung, die Widerklage des Ehemannes auf bösliche Verlassung gestützt.

Das Landgericht hat unter Verwerfung der übrigen Scheidungs-

gründe der Ehefrau und des von dem Ehemanne geltend gemachten Scheidungsgrundes der böslichen Verlassung die Ehe der Parteien auf Grund des § 716 A.L.R. II. 1, d. i. auf Grund gegenseitiger Einwilligung, getrennt und keinem Theile ein Uebergewicht der Schuld beigemessen.

Die Berufung des Beklagten und die Anschlußberufung der Klägerin richteten sich nur gegen die Entscheidung der Schuldfrage.

Das Oberlandesgericht hat beide Berufungen zurückgewiesen.

Das Berufungsgericht erklärt zunächst die Widerklage für unstatthaft, weil der auf Antrag des Beklagten an die Klägerin erlassene Rückkehrbefehl nicht im Auftrage des Beklagten, sondern im Auftrage des Amtsgerichts, welches den Befehl erlassen hat, zugestellt ist. Begründet wird dieser Entscheidungsgrund auf § 5 Abs. 3 des Ausführungsgesetzes zur C.P.O. vom 24. März 1879 (G.S. S. 281), wonach, wenn der auf Antrag eines Ehegatten erlassene richterliche Befehl zur Herstellung des ehelichen Zusammenlebens nicht in Gegenwart des Gegners verkündet ist, der Antragsteller den Befehl zuzustellen hat. Das Berufungsgericht entnimmt aus der unbedingten Fassung des Gesetzes, daß von der Beobachtung der Vorschrift die Gültigkeit der Zustellung habe abhängig gemacht werden sollen, wofür auch die Erwägung spreche, daß die Zustellung durch den Antragsteller mehr, als die durch das Gericht, die Möglichkeit einer hinterher eingetretenen Willensänderung des Antragstellers ausschließe. Das Berufungsgericht erachtet demzufolge den von dem Gerichte zugestellten Rückkehrbefehl als rechtlich bedeutungslos und demzufolge die Klage wegen böswilliger Verlassung als unberechtigt.

Diese Erwägung ist, wie die Revision mit Recht rügt, rechtsirrthümlich; sie unterscheidet nicht die formelle und die materielle Bedeutung des richterlichen Befehls zur Herstellung des ehelichen Lebens. Formell bildet der Erlaß des Rückkehrbefehls einen Bestandtheil des richterlichen Verfahrens und, da nach § 5 Abs. 3 des Ausführungsgesetzes zur C.P.O. den nicht in Gegenwart des Gegners verkündeten Befehl der Antragsteller zustellen zu lassen hat, das Gesetz mithin die Zustellung des Rückkehrbefehls, entsprechend den Vorschriften der C.P.O. unter den eigenen Betrieb der Parteien stellt, so enthielt die Zustellung durch das Gericht statt durch die Partei die Verletzung einer das Verfahren betreffenden Vorschrift. Ob diese Vorschrift dem wirksamen Parteiverzicht unterliegt und § 267 der C.P.O. anwendbar sein würde, wie die Revision ausgeführt hat, mag dahin gestellt

bleiben. Denn der Revision ist jedenfalls darin beizutreten, daß die formale Vorschrift des § 5 Abs. 3 des Ausführungsgesetzes zur C.P.O. an den materiellen Erfordernissen des Scheidungsgrundes der böslichen Verlassung nichts geändert hat. Materiell aber ist entscheidend, daß die Nichtbefolgung des richterlichen Rückkehrbefehls nicht einen selbständigen Klagegrund darstellt, sondern eine Thatsache, welche für den Scheidungsgrund der böslichen Verlassung nur insofern wesentlich ist, als durch sie die Beharrlichkeit des dem ehelichen Zusammenleben widerstrebenden Willens des anderen Ehegatten festgestellt werden soll. Und für diese Feststellung genügt die Thatsache, daß der Ehefrau der von dem zuständigen Gerichte erlassene Rückkehrbefehl zugegangen ist. In gleicher Weise hat das Reichsgericht bereits mehrfach sich ausgesprochen, so namentlich in den Urtheilen vom 23. Juni 1884 in Sachen B. wider B. (IV. 74/84) und vom 17. Juni 1884 in Sachen M. wider M. (III. 64/87). Daß aber der von dem zuständigen Amtsgerichte zu Wittenberg erlassene Rückkehrbefehl vom 7. Mai 1887 der Klägerin zugestellt ist, ist unbestritten und auch von dem Berufungsgericht als erwiesen angesehen. Danach ist die materielle Prüfung des Scheidungsgrundes der böslichen Verlassung unter Verletzung des Gesetzes von dem Berufungsgericht unterlassen worden, und dies nöthigt zur Aufhebung des Berufungsurtheils und zur Zurückverweisung der Sache in die vorige Instanz.

Nr. 27.

Kollationspflicht. A.L.R. II. 2 §§ 331 ff., 338. Belohnende Schenkung? oder Hingabe als Aussteuer? Ist eine Erklärung des parens bei der Zuwendung, wonach die Kollationspflicht ausgeschlossen sein soll, behufs ihrer Rechtsgültigkeit von Formvorschriften abhängig?

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 11. April 1889 in Sachen W., Beklagte, wider F., Klägerin. IV. 21/89.)

Auf die Revision der Beklagten ist das Urtheil des preuß. Kammergerichts aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

Die klagende Ehefrau und die Beklagte sind Kinder des Rentners Johann Ernst F. Sie streiten über die Verpflichtung, die ihnen von ihrem Vater gemachten Zuwendungen bei der Theilung des Nachlasses desselben zur Ausgleichung zu bringen. Das Klagbegehren ist dahin gerichtet, die Beklagte für verbunden zu erachten, nicht bloß die von

derselben anerkannten 19 650 M., sondern im Ganzen 30 000 M. sich auf ihren Erbtheil anrechnen zu lassen. Diesem Klagbegehren gegenüber hat sich die Beklagte für verpflichtet bekannt, 21 000 M. sich auf ihren Erbtheil anrechnen zu lassen. Sie verlangt aber die Abweisung der Kläger mit dem auf die übrigen 9000 M. gerichteten Antrage. Ihrerseits hat sie Widerklage erhoben und den Antrag gestellt, die Klägerin für verbunden zu erachten, sich abgesehen von einer Darlehnsschuld ihres Ehemannes nicht bloß die von ihr zugestandenen 17 250 M., sondern im Ganzen 21 000 M. auf ihren Vatererbtheil zur Ausgleichung zu bringen, und außerdem gegen den mitklagenden Ehemann festzustellen, daß er zum Nachlasse ein Darlehn von 2400 M. verschulde. Das Landgericht hat auf die Klage die Beklagte für schuldig erklärt, sich 21 000 M. auf ihren Erbtheil anrechnen zu lassen, und die Entscheidung über die 9000 M., welche die Beklagte außerdem zur Ausgleichung bringen soll, von einem Eide der Beklagten abhängig gemacht. Auf die Widerklage ist die Darlehnsschuld des mitklagenden Ehemannes auf 2400 M. mit Zinsen festgestellt, im Uebrigen aber die Entscheidung über den Ausgleichungsanspruch der Beklagten, soweit er den Betrag von 17 250 M. übersteigt, von Eiden der Kläger abhängig gemacht worden. Gegen diese Entscheidung haben nur die Kläger Berufung eingelegt, und zwar sowohl betreffs des über die 9000 M. ergangenen Ausspruchs, als auch betreffs der Entscheidung über die Darlehnsschuld des klagenden Ehemannes. In letzterem Betracht ist die Berufung zurückgewiesen. Im Uebrigen hat sie den Erfolg gehabt, daß die Beklagte für verbunden erachtet worden ist, sich außer den 21 000 M., welche zur Ausgleichung zu bringen sie sich selbst für verpflichtet bekannt hat, noch 9000 M. anrechnen zu lassen. Gegen diese Entscheidung des Berufungsgerichts ist die Revision der Beklagten gerichtet. Die Revision erscheint auch begründet.

Der Ausgleichungsanspruch betreffs der 9000 M. ist auf die Behauptung der Kläger gestützt, daß die Beklagte die 9000 M. wie die übrigen 21 000 M. im Jahre 1879 von ihrem Vater zur Ausstattung und als Mitgift erhalten habe. Die Beklagte dagegen hat behauptet, die 9000 M. als Belohnung für die von ihr neunzehn Jahre hindurch besorgte Führung der Wirthschaft ihres Vaters und die Pflege ihrer Mutter mit der ausdrücklichen Bestimmung geschenkt erhalten zu haben, daß sie sich dies Geschenk nicht auf ihren künftigen Erbtheil anrechnen zu lassen brauche. Den Gegenstand der fraglichen Zuwendung hat ein hypothekarisch eingetragenes Kapital gebildet. Der

Erblasser hat die Forderung der Beklagten abgetreten und ihr demnächst das Instrument ausgehändigt. Das Landgericht hat, obwohl in der Abtretungsurkunde die Zuwendung als väterliche Mitgabe bezeichnet ist, angenommen, es liege eine belohnende Schenkung vor. Diese Annahme gründet sich auf die Aussagen zweier Zeugen, von welchen der eine mehrere auf den Beweggrund der Zuwendung bezügliche Aeußerungen des Erblassers bekundet, der andere über den Hergang bei Uebergabe des Hypothekeninstrumentes sich ausgelassen hat. Das Gericht erwägt dabei, die in der Abtretungsurkunde enthaltene Bezeichnung der Zuwendung als väterlicher Mitgabe stehe der Annahme einer belohnenden Schenkung nicht entgegen, und der Erblasser habe bei der Zuwendung seine Absicht, die Ausgleichungsverbindlichkeit auszuschließen, formlos in wirksamer Weise erklären können. Das Berufungsgericht hat dagegen, indem es davon ausgeht, daß die Geltung der in den §§ 303 ff., 327 ff. A.L.R. II. 2 enthaltenen Bestimmungen, welche die Ausgleichungspflicht zum Gegenstande haben, durch § VII des Publikationspatentes vom 5. Februar 1794 nicht aufgeschoben sei, angenommen, daß nicht eine belohnende Schenkung, sondern eine der Ausgleichungspflicht unterliegende Ausstattung vorliege. (Das wird zunächst thatsächlich begründet.)

Weiter nimmt das Gericht an, daß zwar die Ausgleichungsverpflichtung bei einer an sich der Ausgleichung unterliegenden Zuwendung ausgeschlossen werden könne, daß aber, auch wenn nach den von den Zeugen bekundeten Aeußerungen des Erblassers die Absicht desselben, die Ausgleichung auszuschließen, zu entnehmen wäre, jene bloß *mündlichen* Erklärungen in der fraglichen Richtung nicht wirksam sein würden.

Dieser letztere Entscheidungsgrund des Berufungsgerichtes wird von der Revision mit der Ausführung bekämpft, daß einer bei der Zuwendung selbst von dem Zuwendenden erklärten Ausschließung der Ausgleichungspflicht nicht wegen Formlosigkeit die Rechtswirksamkeit abgesprochen werden könne. (Es folgt eine Widerlegung der Angriffe, daß eine Entscheidung über die Formbedürftigkeit nicht nothwendig sei.)

Jener von der Revision aufgestellte Rechtssatz muß aber nach Allgemeinem Landrechte als richtig und der Rechtsbehelf daher als begründet angesehen werden. Das Erforderniß einer besonderen Form für die in Rede stehende Willenserklärung würde vorliegen, wenn die Willenserklärung unter den Gesichtspunkt einer letztwilligen Verfügung gebracht werden müßte, so daß sie zwar nicht der Testamentsform,

aber doch der für letztwillige Verfügungen der Eltern zu Gunsten der Kinder vorgeschriebenen Form bedürftig wäre. Allein dieser Gesichtspunkt läßt sich nicht aufrecht halten. Es kann einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß, wenn ein Parens einer Zuwendung, die an sich eine Ausgleichungspflicht des Kindes nicht begründen würde, die Auflage beifügt, daß die Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen sei, der bei der Zuwendung geäußerte Zuwendungswille über die Ausgleichungspflicht entscheidet, auch wenn er formlos erklärt ist. Das Kind kann solchergestalt die Zuwendung nicht anders haben und behalten, als mit der Ausgleichungspflicht. Zu vergl. Witte, Erbrecht S. 240 f.; Förster-Eccius Bd. 4 § 274; Dernburg, Privatrecht Bd. 3 § 243 Nr. 3. Die von Bornemann, System Bd. 6 S. 174, vertretene Ansicht, nach welcher in der bei der Zuwendung formlos getroffenen Vereinbarung einer Ausgleichungspflicht, die gesetzlich nicht vorhanden sein würde, eine in Folge solcher Formlosigkeit unverbindliche theilweise Verzichtleistung auf die künftige Erbschaft des Parens liegen soll, wird dem Zuwendungswillen, der, wenn er überhaupt Rechtswirkungen haben soll, nur mit der Auflage der künftigen Ausgleichung bestehen kann, nicht gerecht. Der entsprechende Grundsatz muß aber auch zu Gunsten des Bedachten Anwendung finden, wenn der letztere die Zuwendung ohne die Verpflichtung zur Ausgleichung haben soll. Den anderen Abkömmlingen des Erblassers gegenüber ist eine hierauf gerichtete, bei der Zuwendung abgegebene Willenserklärung nicht unter den Begriff einer letztwilligen Verfügung zu bringen. Sie ist vielmehr als eine unter Lebenden getroffene Verfügung über das Vermögen anzusehen, die zwar die künftige Theilung des Nachlasses zu beeinflussen geeignet ist, aber nicht in wesentlich anderer Weise, als andere unter Lebenden getroffene Verfügungen eines Erblassers, welche darum, weil sie die Vermögenslage ändern und damit die künftige Erbtheilung beeinflussen, nicht die Bedeutung letztwilliger Verfügungen haben. Von ähnlichen Grundsätzen ist das Reichsgericht in dem Urtheile vom 21. Januar, 18. Februar 1889 (B. wider B. und Genossen IV. 277/88) ausgegangen. Beide Fälle unterscheiden sich zwar insofern von einander, als in dem früher entschiedenen Falle die Zuwendung mit der Abrede der Anrechnung zur Hälfte beim Tode des zuerst verstorbenen Parens, zur anderen Hälfte beim Tode des überlebenden erfolgt sein sollte, während im vorliegenden Falle die vollständige Ausschließung der Ausgleichung in Frage steht. Sie weichen ferner insofern von einander ab, als in dem früheren

Falle die Zuwendung in der Zahlung baaren Geldes bestand und eine Schenkung in baarem Gelde regelmäßig nicht zur Ausgleichung gebracht zu werden braucht, während im vorliegenden Falle Gegenstand der Zuwendung ein Kapital ist und die Schenkung einer ausstehenden Forderung, auch wenn die Zuwendung nicht die Bestimmung der Ausstattung hat, regelmäßig zur Ausgleichung zu bringen ist. Allein diese Verschiedenheiten nöthigen nicht zu einer anderen rechtlichen Beurtheilung. Der bei der Zuwendung selbst erklärte Wille des Zuwendenden würde auch im vorliegenden Falle trotz der Formlosigkeit der behaupteten Erklärung über die Frage der Anrechnung zu entscheiden haben. Eine Ausnahme betreffs der rechtlichen Wirksamkeit des bei der Zuwendung erklärten Willens des Erblassers bildet der besondere Fall einer bei der Zuwendung erklärten Werthsbestimmung nach § 338 A.L.R. II. 2. In dem Falle einer seitens des Erblassers erfolgten, hinter dem wahren Werthe der zugewendeten Sache, wenn dieselbe in einem Grundstücke oder in einer Gerechtigkeit besteht, um mehr als die Hälfte zurückbleibenden Werthbestimmung haben nämlich die übrigen Kinder die Befugniß, zu verlangen, daß die Hälfte des wahren Werthes von dem ausgestatteten Kinde zur Ausgleichung gebracht werde. Allein aus dieser Ausnahmebestimmung läßt sich für die Entscheidung des vorliegenden Falles nichts herleiten. Die rechtliche Möglichkeit einer vollständigen Ausschließung der Ausgleichungspflicht besteht unbeschadet der bei einer allzu niedrigen Werthsbestimmung nach § 338 a. a. O. den übrigen Kindern gegebenen Befugniß der Erhöhung des bestimmten Werthes bis zur Hälfte des wahren Werthes. Der § 338 hat also für die Frage, ob für eine bei der Zuwendung selbst erklärte Ausschließung der Ausgleichungsverpflichtung eine besondere Form erforderlich ist, oder ob jene Ausschließung formlos wirksam erklärt werden kann, keine Bedeutung.

Muß aber die Frage, wie angegeben, beantwortet werden, so erweist sich die Revision als begründet.

Nr. 28.

Kann auf Grund von Vorschriften des Landesrechts ein Lieferungsvertragsstempel gefordert werden, wenn das betreffende Rechtsgeschäft nach dem Reichsgesetz vom 29. Mai 1885 steuerfrei ist?

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 25. März 1889 in Sachen P., Klägers, wider den preuß. Steuerfiskus, Beklagten. IV. 6/89.)

Auf die Revision des Klägers ist das Urtheil des preuß. Ober=

landesgerichts zu Naumburg a. S. aufgehoben, und die Berufung des Beklagten gegen das ihn zur Rückzahlung verurtheilende I. Urtheil zurückgewiesen.

Thatbestand:

Kläger schloß im Jahre 1887 mit einem Vertreter des Kreisverbandes Stendal einen privatschriftlichen Vertrag, durch welchen er die Lieferung von 1400 Kubikmeter Decklagesteine für den Preis von 13 300 M. übernahm. Die Steine hatten der Qualität einer gegebenen Probe und bestimmt angegebenen Maximal- und Minimal-Dimensionen zu entsprechen.

Von der Steuerverwaltung ist für diesen Vertrag der preußische Lieferungsvertragsstempel von einem Drittel vom Hundert mit 45,50 M. eingezogen; der Kläger fordert hiervon den von ihm mit Vorbehalt gezahlten Betrag von 44,50 M. mit der vorliegenden Klage zurück, und dieser ist ihm auch durch das landgerichtliche Urtheil zugesprochen, während er auf die Berufung des Beklagten durch das im Tenor bezeichnete Urtheil mit seiner Klage abgewiesen ist.

Entscheidungsgründe:

Da das zu beurtheilende Geschäft im Jahre 1887 geschlossen ist, so bestimmt seine Stempelpflichtigkeit sich nach dem Reichsgesetz vom 29. Mai 1885 (Reichsgesetzblatt S. 179). Dieses bestimmt in der Anmerkung hinter der Tarifnummer 4:

„Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte über im Inlande von einem der Kontrahenten erzeugte oder hergestellte Mengen von Sachen oder Waaren sind steuerfrei“.

Die Voraussetzungen dieser Gesetzesbestimmung liegen vor. Denn das Berufungsgericht hat festgestellt, daß dem Kläger freistand, eine beliebige Quantität solcher Steine, wie sie bedungen waren, zu brechen und daraus das vereinbarte Quantum dem Kreise Stendal zu liefern, und zieht hieraus ohne erkennbare Gesetzesverletzung den Schluß, daß hiernach vertretbare Sachen, aber nicht (wie Beklagter behauptet) individuelle Steine den Gegenstand des Vertrags ausgemacht haben. In dieser thatsächlichen Grundlage unterscheidet der vorliegende Fall sich von dem in dem Urtheile des Reichsgerichts vom 31. März 1887 (IV. 358/86) ausgeurtheilten Falle.

Es ist aber auch festgestellt, daß der Kläger die zu liefernden Steine selbst in seinem Steinbruche gewinnt; auch ist von keiner Seite bezweifelt, daß dieser Steinbruch im Inlande liegt, was auch schon

dadurch ausgeschlossen ist, daß die Steine für eine im Kreise Stendal, also weit von jeder deutschen Grenze liegende Chaussee zu liefern waren.

Der Umstand aber, daß, wie die Materialien des Gesetzes ergeben, die Tendenz, welche der unter „Anmerkung" gegebenen Gesetzesbestimmung zu Grunde liegt, im Allgemeinen darauf gerichtet ist, mit der Steuer die eigentlichen Spekulationsgeschäfte zu treffen, dagegen für die Waarenumsätze der Landwirthschaft, Industrie und des Handwerks, also der Produzenten Steuerfreiheit eintreten zu lassen, führt dahin, diese Gesetzesbestimmung nicht als bloße Ausnahme von der Steuerfreiheit des Tarifs 4 B aufzufassen, sondern in dem Sinne zu verstehen, daß die darin bezeichneten Geschäfte überhaupt von jeder Steuer, sei sie Reichs- oder Landessteuer, befreit sein sollen, sodaß die „Anmerkung" eine selbständige allgemeine Steuerbefreiung zu Gunsten der fraglichen Geschäfte statuirt.

Der allgemeinen Fassung dieser Gesetzesbestimmung gegenüber müssen die aus der äußeren Stellung derselben entnommenen Argumente zurücktreten, sodaß es unerheblich ist, daß die in Rede stehenden Steine nicht börsenmäßig gehandelt sind.

In dieser Weise ist das Gesetz auch bereits in dem Urtheil des vierten Civil-Senats des Reichsgerichts vom 18. März 1889 (Fiskus wider K. IV. 36/89) aufgefaßt. Von dieser dort noch im Einzelnen aus den Materialien begründeten Auffassung wird auch im vorliegenden Falle ausgegangen, und dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urtheils.

Nr. 29.

Ist der Berufungsrichter zur Entscheidung über die Widerklage zuständig, wenn der erste Richter über die Klage erkannt, dagegen das Urtheil über die illiquide Widerklage vorbehalten hat? Hindert der Umstand, daß ein rechtlicher Zusammenhang zwischen dem Klage- und Widerklageanspruch besteht, den Richter, über die Klage durch Theilurtheil zu entscheiden?

C.P.O. §§ 273, 274, 499.

(Urtheil des Reichsgerichts (III. Civilsenat) vom 15. Januar 1889 in Sachen K., Klägers, wider C., Beklagten. III. 281/88.)

Auf die Revision des Klägers ist das Urtheil des braunschweigischen Oberlandesgerichts aufgehoben, und das Urtheil des Landgerichts zu Braunschweig wiederhergestellt.

Thatbestand:

Der Beklagte C. hat einen von ihm angenommenen, vom Kläger auf ihn d. d. Hildesheim den 21. März 1887 an eigene

Order gezogenen Wechsel über 500 M. am Verfalltage, dem 21. Juni, nicht eingelöst und gegen den aus diesem Wechsel wider ihn im Wechselprozesse verfolgten Anspruch, nachdem der Kläger von dem Urkundenprozesse abgesehen hatte, kompensirend und widerklagend eine Forderung von 3000 M. geltend gemacht, welche er aus einem mit dem Kläger am 19. März 1887 geschlossenen Vertrage gegen diesen erworben haben will. Nach diesem Vertrage hat der Kläger den Verkauf des Rothhofs des Beklagten im Ganzen oder im Einzelnen übernommen und sich ausbedungen, daß er von dem durch die Hypotheken nicht aufgewogenen Kaufgelde die ihm für seine Bemühungen ausgesetzten 3000 M. und „was er inzwischen an C. gezahlt haben sollte", in Abzug bringen darf. Die Kontrahenten haben den Mandatsvertrag für unwiderruflich erklärt, sich auch verpflichtet, den Vertrag sofort auf Aufforderung des einen Theils notariell zu vollziehen, widrigenfalls dem anderen Theile „ein Abstand" von 3000 M. zu zahlen ist. Der Beklagte hat vom Kläger demnächst die notarielle Vollziehung ohne Erfolg begehrt und gründet hierauf gegen den Kläger die compensando et reconveniendo geltend gemachte Forderung von 3000 M. Das Landgericht hat den Beklagten durch Theilurtheil klaggemäß zur Zahlung der Wechselsumme verurtheilt und über die illiquide Gegenforderung und die Kosten unter Anwendung der §§ 273, 274 C.P.O. die Entscheidung vorbehalten. Auf Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht über die Gegenforderung erkannt, die Klage abgewiesen und Kläger und Widerbeklagten verurtheilt, dem Beklagten den nach Abzug der kompensirten Wechselforderung von 500 M. nebst Unkosten und Zinsen noch verbleibenden Rest der verwirkten Konventionalstrafe zu zahlen. Der Kläger hat gegen dieses Urtheil Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

Das Berufungsgericht war zur Verhandlung und Entscheidung über die Widerklage, über welche in erster Instanz nicht entschieden war, nach § 499 C.P.O. nicht zuständig, selbst wenn zwischen der Klagforderung und der Gegenforderung ein rechtlicher Zusammenhang bestand. Denn die Widerklage ist kein den zuerkannten Klaganspruch betreffender Streitpunkt und das Landgericht war berechtigt, durch Theilurtheil über die Klage zu erkennen, als nur diese, nicht auch die Widerklage zur Endentscheidung sich reif erwies, mochte ein

rechtlicher Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage bestehen oder nicht. § 273 C.P.O. fordert für die Zulässigkeit der Erlassung eines Theilurtheils über die Klage, wenn nur diese, nicht auch die Widerklage zur Endentscheidung reif ist, mit keinem Worte, daß die Widerklage nicht im rechtlichen Zusammenhange mit der Klage stehe. Dagegen ist allerdings, wenn die Gegenforderung mittelst Einrede geltend gemacht ist, das Fehlen eines rechtlichen Zusammenhangs zwischen der Klagforderung und der Gegenforderung die Voraussetzung für die Erlassung eines Theilurtheils über die zur Endentscheidung reife Klagforderung. Eben dieser Gegensatz zwischen den §§ 273 und 274 läßt aber auch sicher erkennen, daß bei Geltendmachung der Gegenforderung durch Widerklage der Richter über die zur Endentscheidung reife Klage durch Theilurtheil nach seinem Ermessen erkennen darf, selbst wenn ein rechtlicher Zusammenhang zwischen Klagforderung und Gegenforderung besteht. Ist die Gegenforderung theils mittelst Einrede, theils mittelst Widerklage geltend gemacht, wie in vorliegender Sache, so hat der Richter für die Aussetzung der Entscheidung über die Widerklage freie Hand, während er die Verhandlung und Entscheidung über die Kompensationseinrede von der Verhandlung und Entscheidung über die Klagforderung nur trennen darf, wenn zwischen Kompensationseinrede und Klagforderung ein rechtlicher Zusammenhang nicht besteht. Muß er über die Kompensationseinrede verhandeln lassen, so wird er allerdings bei Identität des Schuldgrundes für Einrede und Widerklage der Regel nach auch über die Widerklage verhandeln lassen und entscheiden; er kann aber auch bei Identität des Schuldgrundes Veranlassung zur Trennung der Widerklage haben, z. B. nach Vorschützung von Kompensationseinreden gegen die Widerklage, und entzieht mit solcher Trennung immer die Widerklage der Verhandlung und Entscheidung vor dem Berufungsgericht.

Die Trennung der Kompensationseinrede von der Klagforderung war nach Vorstehendem von dem Fehlen eines rechtlichen Zusammenhangs zwischen beiden abhängig. Bestand ein solcher Zusammenhang, so mußte der erste Richter über die Einrede gleichzeitig mit der Klagforderung entscheiden, und unterließ er dies, so war der Beklagte beschwert und auf seine Berufung das Berufungsgericht auch zur Verhandlung und Entscheidung über die nicht verhandelte und entschiedene Einrede zuständig, weil die Einrede ein den zuerkannten Anspruch betreffender Streitpunkt ist. Das Berufungsgericht hat

aber ohne Grund rechtlichen Zusammenhang zwischen der Klagforderung und der Kompensationseinrede angenommen, daher mit Unrecht über die Kompensationseinrede verhandelt und entschieden (das wird näher begründet).

Literatur.

39.

Konkursordnung für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz zc. **für den praktischen Gebrauch,** erläutert von Dr. Julius Petersen und Dr. Georg Kleinfeller. Zweite vollständig umgearbeitete Auflage. I. und II. Lieferung. Verlag von Moritz Schauenburg in Lahr.

Als gemeinsame Arbeit der beiden genannten Verfasser wird uns unten dem obigen Titel eine neue Ausgabe des bekannten Kommentars von Petersen zur Konkursordnung geboten, die auf dem Boden des Petersenschen Werks stehend, überall Zeugniß ablegt von aufmerksamer und scharfsinniger Benutzung der Literatur und Rechtsprechung. Einzelne Abschnitte des Buchs haben durch dazwischen liegende monographische Arbeiten Petersens, welche die Materien umfangreicher und eingehender besprechen, als in einem Kommentar möglich ist, eine die Ergebnisse sichernde Grundlage erhalten. Die bisher vorliegenden zwei ersten Lieferungen enthalten das materielle Konkursrecht. Wie in der ersten Ausgabe wird von den Rechtssystemen des geltenden materiellen Rechts, welche von den Bestimmungen der Konkursordnung berührt werden, das rheinisch-französische Recht etwas eingehender als das gemeine Recht und das preußische Landrecht in Betracht gezogen. Ausblicke auf den Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs sind vermieden.

Nach den Motiven der Konkursordnung, deren hoher wissenschaftlicher Werth vor und nach der Einführung derselben in der ersten Zeit die allgemeinste Anerkennung fand, ist das Gesetz auf die theoretische Annahme eines den Gläubigern im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zustehenden Rechts auf gleichmäßige Befriedigung, des Konkursanspruchs der Gläubiger, gegründet. Solchen theoretischen Ausführungen in Gesetzesmotiven, welche, so lange man motivirte Gesetzentwürfe fordert, nicht vermieden werden können, tritt man zur Zeit in Theorie und Praxis nicht nur mit der durchaus wünschenswerthen freien Kritik, sondern mit einer gewissen Voreingenommenheit entgegen. Giebt es doch sogar Urtheile des Reichsgerichts, die von der Annahme auszugehen scheinen, daß es geradezu zur wissenschaftlichen Verurtheilung einer Rechtsansicht genüge, daß dieselbe bei Begründung eines Gesetzes ausgesprochen worden ist. So hat auch der hervorgehobene Standpunkt der Motive von manchen Seiten Widerspruch erfahren, und die Verfasser sind, während Petersen in der ersten Ausgabe sich den Motiven angeschlossen hatte, jenem Widerspruch beigetreten. Eine überzeugende Begründung des Widerspruchs ist aber auch in diesem

Werk, ebenso wie an anderen Orten, zu vermissen. Wenn S. 15 an Stelle jenes materiellen Rechts auf gemeinsame Befriedigung und somit auf gesetzmäßige Vertheilung des vorhandenen Vermögens bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit des Schuldners als Grundlage des Antrags auf Einleitung des Konkursverfahrens einfach das Recht der Gläubiger auf Befriedigung aus dem Vermögen bezeichnet wird, kraft dessen sie „unter gewissen Voraussetzungen" Konkurseröffnung fordern können, so wird dadurch weder die Grundlage dieser Forderung noch der materielle Inhalt derselben, die gemeinsame und gleichmäßige Befriedigung, klar gestellt. Auch hätte der Umstand, daß bei unzureichender Masse Konkurs nicht eröffnet werden soll den Verfassern kein Argument dafür abgeben sollten, daß dem Konkursanspruch die materielle Bedeutung fehle; die theoretische Konstruktion eines materiellen Rechts auf gemeinsame Befriedigung aus einer vorhandenen Vermögensmasse kann doch wohl dadurch nicht berührt werden, daß das Recht dann gegenstandslos ist, wenn es an einer solchen Masse fehlt.

Nach einer anderen Richtung sind die von der Begründung der Konkursordnung angenommenen Grundlagen des Rechts derselben neuerdings in Lothar Seufferts interessanten Ausführungen „Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts" angefochten, indem hier das materielle Konkursrecht der Konkursordnung auf ein trotz der Motive anzunehmendes Pfandrecht der Konkursgläubiger an der Konkursmasse gegründet wird. Die Verfasser haben gegenüber diesen Ausführungen — wenn auch ohne eingehende Widerlegung Seufferts — an dem Standpunkt der Motive festgehalten und das Pfandrecht der Konkursgläubiger, — nach meiner Ansicht, mit Recht, — geleugnet. Hiermit steht im Zusammenhang, daß die Verfasser bezüglich der Stellung des Konkursverwalters an der durch Petersen früher in Buschs Zeitschrift Bd. 9 S. 1 ff. ausführlich begründeten Ansicht festgehalten haben, daß der Konkursverwalter in jeder Beziehung als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen sei. Auch ich habe bei meiner Bearbeitung des preußischen Privatrechts (Förster Bd. I S. 799) diesen Standpunkt vertreten, möchte indessen die gegenwärtige Gelegenheit benutzen, um einige klarstellende Bemerkungen zu machen.

Wie Wach (Handbuch des Civilprozeßrechts I S. 542 f.), so leiten die Verfasser, wenngleich sie die Fortdauer der Handlungs- und Verpflichtungsfähigkeit des Gemeinschuldners trotz des eröffneten Konkursverfahrens im Allgemeinen anerkennen, aus den Bestimmungen der Konkursordnung über die Nichtigkeit der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners den Konkursgläubigern gegenüber und über den Verlust der Befugniß, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen, sowie über die Ausübung dieser Rechte durch den Verwalter den Satz her, daß der Gemeinschuldner relativ, nämlich mit Beziehung auf den Konkurs, prozeßunfähig sei, und daß in allen Prozessen der Konkursverwalter insoweit als gesetzlicher Vertreter des als Partei anzusehenden Gemeinschuldners betrachtet werden müsse. Dieser Auffassung habe auch ich mich zugeneigt, und noch als ich in diesen Blättern bei Besprechung von Wachs Handbuch ausführte, daß § 51 C.P.O. nur von Ausnahmen regelmäßiger Prozeßunfähigkeit, nicht aber von Beschränkungen der Prozeßfähigkeit des nach allgemeinen Regeln

Verfügungsfähigen zu verstehen sei, habe ich (Bd. 30 S. 464) die besondere reichsgesetzliche Regelung der Verwaltung der Konkursmasse und der Vertretung des Gemeinschuldners bei dieser Verwaltung vorbehalten.

Aus der mangelnden Dispositionsbefugniß des Gemeinschuldners bezüglich der Konkursmasse ist aber mit den Motiven der Konkursordnung nicht eine relative Prozeßunfähigkeit, sondern eine zeitweilig mangelnde Legitimation des Gemeinschuldners zur Sache zu entnehmen. Wach setzt sich a. a. O. darüber, daß der Mangel der Handlungsfähigkeit etwas wesentlich Verschiedenes ist von dem Mangel der Befugniß, durch seine Handlungen auf bestimmte Gegenstände einzuwirken, durch ein dialektisches Kunststück fort. Er sagt, die Dispositionsbefugniß des Gemeinschuldners hinsichtlich der Konkursmasse sei im Gesetze negirt „mit der Folge der Prozeßunfähigkeit"; und er fügt hinzu, das Nicht-disponiren-dürfen sei mit Beziehung auf die Masse und gegenüber den Gläubigern ein rechtliches Nicht-disponiren-können, eine Unfähigkeit zum prozessualischen Handeln. Aber in keinem Fall der mangelnden Dispositionsbefugniß ist das anders. Wem die Beugniß zu einer bestimmten Disposition fehlt, der darf sie nicht vornehmen und kann sie nicht *wirksam* vornehmen. Aber dadurch wird er nicht begrenzt handlungsunfähig. Petersen und Kleinfeller argumentiren in anderer Weise. Sie sprechen (S. 45) die gewiß richtigen Sätze aus: „Der Gemeinschuldner kann bezüglich des zur Masse gehörigen Vermögens keine Prozesse mit *Wirksamkeit gegenüber den Gläubigern* führen; dem Konkursverwalter, nicht dem Gemeinschuldner steht das Recht zur Führung derartiger Prozesse zu". Aber wenn sie „hiernach" dem Gemeinschuldner die Prozeßfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, in solchen Prozessen selbstständig vor Gericht zu stehen, absprechen[1]), so ist dies eine Verwechselung des Begriffs Prozeßunfähigkeit und mangelnde Legitimation.

Zunächst mag ein Beispiel die Tragweite der Frage klarer machen. Zur Zeit der Konkurseröffnung ist der Gemeinschuldner im Besitz einer Uhr. Gehört ihm dieselbe, so gehört sie zur Konkursmasse. Der Gemeinschuldner, welcher im Gewahrsam geblieben ist, wird vom angeblichen Eigenthümer der Uhr auf Herausgabe verklagt und verurtheilt, da er sich nicht vertheidigt. Das Urtheil wird rechtskräftig. Fehlte nun dem Gemeinschuldner die Fähigkeit, anders, als vertreten durch den Konkursverwalter, in den Prozeß zu treten, so kann der Konkursverwalter das ergangene Urtheil mit der Nichtigkeitsklage des § 542 Z. 4 der C.P.O. anfechten. Bis er in dieser Weise das Urtheil beseitigt hat, bleibt dasselbe aber gegen den Gemeinschuldner vollstreckbar und das Anfechtungsrecht des Verwalters fällt weg, das Vindikationsrecht des Klägers wird auch ihm und den Konkursgläubigern gegenüber vollwirksam, wenn er die Nichtigkeitsklage nicht binnen Monatsfrist nach der erlangten Kenntniß von Verurtheilung des Gemein-

[1]) Nach dem Wortlaut von Petersen und Kleinfeller geschieht dies nur für die Fälle der §§ 8 und 9 der Konkursordnung; also insofern durch die Konkurseröffnung Prozesse des Gemeinschuldners unterbrochen sind; aber es kann nicht bezweifelt werden, daß der Satz für alle Prozesse gelten soll, welche die Konkursmasse oder das Recht, daraus befriedigt zu werden, betreffen.



schuldners erhebt. Auch der Gemeinschuldner selbst kann, wenn der Konkurs aufgehoben wird, ohne daß die Nothfrist für die Nichtigkeitsklage abgelaufen wäre, selbst noch die Nichtigkeitsklage erheben und auf Beseitigung seiner eigenen rechtskräftigen Verurtheilung antragen. Geht man dagegen von dem Standpunkt aus, daß der Gemeinschuldner zwar prozeßfähig, aber so lange der Konkurs dauert, passiv nicht legitimirt war, so wird der Konkursverwalter durch den Rechtsstreit gegen den Gemeinschuldner nicht berührt. Er ergreift den Gewahrsam der Uhr trotz des Urtheils und wendet die Zwangsvollstreckung auf Herausgabe derselben ab, ohne daß es einer Nichtigkeitsklage bedarf. Gegen den Gemeinschuldner aber bleibt das Urtheil von Bestand. Dasselbe war zwar materiell ungerechtfertigt und hätte auf Abweisung der Klage wegen mangelnder Passivlegitimation lauten sollen. Aber das unrichtige Urtheil ist rechtskräftig, und der Gemeinschuldner kann auch nach aufgehobenem Konkursverfahren nicht auf Nichtigkeitserklärung bezüglich desselben antragen.

Wie nun, wenn die Klage auf die Behauptung gegründet wird, der beklagte Gemeinschuldner sei nicht nur im Besitz der Uhr, sondern er habe diesen Besitz erst nach der Konkurseröffnung ergriffen? oder, wenn Kläger die Behauptung des beklagtischen Besitzes so verstanden hat? Unter dieser Voraussetzung besteht kein Zweifel daran, daß der Gemeinschuldner prozeßfähig ist und sich selbst im Prozesse vertheidigt. Aber nun wendet er ein, er besitze die Uhr aus der Zeit vor der Konkurseröffnung, dieselbe gehöre zu seiner Konkursmasse. Wird das, wenn es sich bewahrheitet, dazu führen, anzunehmen, daß er, indem er jene Behauptung mit Grund aufstellte, seine Prozeßunfähigkeit einwendete? oder führt es dazu, daß ihm gegenüber die Begründetheit seiner Behauptung geprüft, bei Unbegründetheit derselben die gegen ihn erhobene Klage als durchgreifend erachtet, wenn aber die Wahrheit der Angabe erwiesen wird, um deshalb abgewiesen werden muß, weil der prozeßfähige Beklagte zur Zeit und für die Dauer des Konkursverfahrens zu der in Herausgabe der Uhr liegenden Disposition nicht legitimirt ist? Wenn man aber im ersteren Sinn entscheidet, wie steht es, falls der Gemeinschuldner wahrheitswidrig unbestritten gelassen oder eingeräumt hat, er habe die Uhr erst nach der Konkurseröffnung in Besitz genommen: hat auch dann der Konkursverwalter Recht und Pflicht der Nichtigkeitsklage?

Vielleicht genügt schon dieser Einblick in die praktische Tragweite der Frage, um manchen Leser von der Annahme einer beschränkten Handlungs- und Prozeßfähigkeit des Gemeinschuldners abzuwenden. Aber Petersen und Kleinfeller antworten: wäre der Gemeinschuldner nicht legitimirt, so müßte das zu einem definitiven Urtheil zu Gunsten des Gegners führen. Das ist zuzugeben, — aber daraus ist nicht herzuleiten, daß das Urtheil später ebenso lauten müßte, wenn der Gemeinschuldner nachmals die Legitimation erlangt. Als Grund, weshalb sie den Gemeinschuldner als legitimirt ansehen, geben Petersen und Kleinfeller lediglich an, weil die Masse zu seinem Vermögen gehört und er der Berechtigte oder Verpflichtete ist: Ob die Einwirkung auf sein Vermögensstück für ihn zur Zeit rechtlich gehindert ist, scheinen sie demnach vom Standpunkte des materiellen Rechts als gleichgiltig anzusehen.

Sehen wir zu, ob es nicht andere Fälle außer dem Konkursverfahren giebt, in denen der Berechtigte durch richterliche Anordnung oder durch eigene oder fremde Willenserklärung rechtswirksam genöthigt ist, die ihm als Eigenthümer zustehende Verwaltung, bezw. Verfügung über ein Vermögensstück an seiner Statt durch einen Andern geschehen zu lassen, so daß er selbst auch zur prozessualischen Geltendmachung nicht berechtigt ist, und daß über das, was vom Vertreter zu geschehen hat, nicht der eigene Wille des Vertretenen, sondern der Wille des Vertreters entscheidet. Ein dem Fall des Konkursverwalters zunächst stehender Fall ist der einer gerichtlichen Zwangsverwaltung; nicht minder ähnlich ist der Fall, wenn eine zwischen zwei Personen streitige Sache vom Richter in die Verwaltung eines Sequesters gegeben wird, und im Wesentlichen ändert sich auch nichts, falls die Sequestration auf einer Willenseinigung der streitenden Theile beruht. Endlich bietet das Erbrecht eine weitgehende Analogie. Der Testamentsvollstrecker handelt in Angelegenheiten des Erben, bezw. des Legatars, verwaltet nicht nur, sondern verfügt an Stelle desselben und wird dabei durch den Willen desjenigen, in dessen Angelegenheiten er handelt, nicht beeinflußt. In bewußter Kollision mit diesem Willen entscheidet er nach seinem eigenen Willen, abweichende Dispositionen jenes sind wirkungslos, auch Rechtsstreitigkeiten wird er nach seinem Willen erheben und führen, und die im Prozeß etwa von jenem abgegebenen Erklärungen werden gegenüber seiner Willensentscheidung machtlos sein. In allen diesen Fällen ist bisher, so viel ich sehen kann, mit ernstlichem Nachdruck noch von Niemand aus der dem Eigenthümer entzogenen, auf den Verwalter, Sequester, Testamentsvollstrecker übertragenen Verfügungsbefugniß hergeleitet, daß der Eigenthümer insoweit nur beschränkt handlungsfähig und bezüglich des der fremden Verwaltung unterstellten Gegenstands prozeßunfähig sei, sowie daß in den Prozessen, welche von dem Verwalter, Sequester, Testamentsvollstrecker geführt werden, jener Andere die wahre Partei sei, für welche diese Verwalter als gesetzliche Vertreter handeln.

Weitere Analogien bietet das Verhältniß des Liquidators und des die Handelsgesellschaft nach Außen vertretenden Gesellschafters wenigstens dann, wenn man die Handelsgesellschaft nicht als juristische Person auffaßt; und es können weiter herangezogen werden die von Kohler unter dem Ausdruck „Prozeßstandschaft" zusammengefaßten Rechtsverhältnisse, bei welchen der von einer Partei im eigenen Namen geführte Prozeß die Wirkung hat, daß seine Ergebnisse von einer anderen geschäftsfähigen und prozeßfähigen Person materiell als maßgebend anerkannt werden müssen, wie im Falle des mit Dispositionsbefugnissen ausgestatteten Nießbrauchers im Verhältniß zum Eigenthümer. Vgl. Kohler bei Schultzenstein und Vierhaus Zeitschrift Bd. 12 S. 102 unter den dort Anm. 10 zitirten Stellen. Diese letzteren Analogien liegen aber weiter ab, weil in den letzt erwähnten Fällen darüber kein Zweifel sein kann, daß die in dem Prozeß auftretende Partei im eigenen Namen oder auch im eignen Namen handelnd auftritt.

Was jene erst erwähnten Fälle näher zusammenfaßt, ist gerade der Umstand, daß hier in Verwaltung eines fremden Vermögenstücks oder fremden Vermögens gehandelt wird, und daß der im Prozeß Auftretende für

die eigene Person nicht Partei sein will. Insbesondere stellt der Konkursverwalter in den Prozessen, die er als solcher führt, nur in Verwaltung der Konkursmasse Anträge, und er will für seine Anträge nicht etwa selbst mit seiner Person und seinem Vermögen einstehen. Damit ist die Möglichkeit ausgeschlossen, den Konkursverwalter als Partei der fraglichen Rechtsstreitigkeiten anzusehen, so daß die Partei- und Prozeßfähigkeit aus seinen persönlichen Verhältnissen geprüft werden müßte. Aber in ganz gleicher Weise will der Verwalter im Zwangsverwaltungsverfahren, der eine Pachtforderung einklagt, der Sequester, welcher eine streitige Sache für die streitenden Theile zu bewahren hat, und der eine Beschädigung derselben abwehrt, und der Testamentsvollstrecker, der eine Nachlaßforderung geltend macht, nur in Verwaltung fremder Angelegenheiten thätig sein, will nicht im eignen Namen und unter eigner Verantwortung prozessiren. Alle diese Personen wollen nicht persönlich für die Kosten des Rechtsstreits haften, und der Rechtsstreit soll im Falle des Todes nicht auf die persönlichen Rechtsnachfolger des Klagenden übergehen, sondern auf denjenigen, der ihm in der Stellung des Verwalters, Sequesters, Testamentsvollstreckers folgen wird. Die Neigung, die Stellung des Konkursverwalters unter Verwechselung der Begriffe der Verfügungsgewalt über bestimmte Sachen und der Handlungsfähigkeit auf einen Mangel der letzteren zurückzuführen und den Konkursverwalter im Rechtsstreit als gesetzlichen Vertreter des die Parteirolle einnehmenden Gemeinschuldners anzusehen, ist gerade hierauf zurückzuführen. Sieht man sich aber die oben hervorgehobenen analogen Fälle näher an, so ergiebt sich, daß, abgesehen von der hier vielleicht noch deutlicher hervortretenden Unzulässigkeit einer Verwechselung mangelnden Verfügungsrechts mit mangelnder Handlungsfähigkeit zum Theil noch andere Umstände der Annahme einer gesetzlichen Vertretung dessen, dem die Verfügung abgenommen ist, durch den Verwalter, Sequester, Testamentsvollstrecker entgegen stehen. Wenn der Sequester, sei er gerichtlich oder durch Vertrag der streitenden Theile eingesetzt, in einen Rechtsstreit eintritt, so soll das Ergebniß desselben für denjenigen maßgebend sein, der im Streite jener beiden obsiegen wird, nur diesen soll es binden, nur er kommt als Geschäftsherr in Betracht. Zur Zeit des vom Sequester geführten Rechtsstreits aber weiß Niemand, wer von den in Frage kommenden Personen Sieger sein wird. Und der Testamentsvollstrecker kann in einem Testament bestimmt sein, welches die Entscheidung der Frage, wer die Erben sein sollen, auf einen in der Zukunft liegenden Zeitpunkt hinausschiebt, oder die Testamentsvollstreckung hat nicht die Verwaltung des Nachlasses, sondern die Verwaltung einer einzelnen Sache zum Besten eines erst später festzustellenden Legatars zum Gegenstand. In Fällen dieser Art könnte ebenfalls im Laufe des Rechtsstreits des Testamentsvollstreckers nicht angegeben werden, welches die Person ist, der die verwaltende Thätigkeit des Vollstreckers zu Gute kommen soll. Ein Rechtsstreit ohne einen bestimmten parteifähigen Kläger ist aber undenkbar; und dennoch fordert die Rechtsstellung des Sequesters und Vollstreckers hier denselben Schutz, wie wenn eine bestimmte Person bezeichnet werden könnte. Thatsächlich ist auch solcher Rechtsschutz nach allen Rechtssystemen dauernd und ohne Anstand gewährt worden, wie auch die Rechtsübung keinen

Anstoß daran genommen hat, daß zwischen dem Zwangsverwalter, dem Sequester oder Testamentsexekutor und dem, in dessen Angelegenheiten sie thätig sind, rechtsgeschäftliche Beziehungen hervortreten können, gerade ebenso wie zwischen dem Konkursverwalter und dem Gemeinschuldner. Der Zwangsverwalter eines Ackerstücks wird mit dem Eigenthümer desselben wirksam den Vertrag schließen können, daß letzterer auf dem Acker gegen Entgelt eine Bestellungsarbeit vornehmen soll; der Sequester eines Hauses kann den beiden Streittheilen in dem Hause Wohnungen vermiethen; zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erbinteressenten sind alle möglichen Rechtsgeschäfte denkbar.

Das führt zu der Annahme, daß, wenn und soweit das Gesetz eine Verwaltung fremder Angelegenheiten in solcher Weise zuläßt, daß dabei die Verfügung und Willenseinwirkung dessen, dem die Angelegenheit rechtlich zusteht, ausgeschlossen ist, und daß über die Verwaltung, bezw. auch bezüglich der Verfügung über die Sache der Wille des die fremde Angelegenheit Verwaltenden maßgebend sein soll, die Rechtsstellung eines solchen Verwalters fremder Angelegenheiten als mit einer besonderen Parteifähigkeit ausgerüstet angesehen werden muß. Als parteifähig erscheint danach neben der physischen Person und der eigentlichen juristischen Person, insbesondere der Korporation und der zu einem bestimmten, öffentlichrechtlich gebilligten Zweck zu führenden Stiftungsverwaltung auch die Verwaltung fremder Angelegenheiten, die nach dem maßgebenden Willen des Verwalters um deshalb zu führen ist, weil dem Herrn dieser Angelegenheit das Verfügungsrecht bezüglich derselben genommen, und weil dasselbe auf den Verwalter übertragen ist. Es ist durchaus richtig, daß die Konkursmasse kein subjektloses Vermögen ist. Aber sie ist ebenso wie die in jenen anderen Fällen zu verwaltende Masse ein Vermögensinbegriff, bezüglich dessen das Subjekt an der sonst dem Berechtigten zustehenden Verfügung um deshalb gehindert ist, weil der Gegenstand — selbst gegen den Willen des Berechtigten — zu einem bestimmten Zweck verwaltet werden soll. Man braucht darum weder die Konkursmasse, noch die der Zwangsverwaltung oder Sequestration oder der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Vermögensstücke, noch auch den Zweck der Verwaltung nach allen Richtungen zu personifiziren, — aber man muß anerkennen, daß die gesetzlich nach dem Willen des Verwalters zu führende Verwaltung dem Verwalter als solchem eine von der Partei des Vermögenssubjekts verschiedene selbständige Parteistellung giebt.

War dies bezüglich der zur Konkursverwaltung in Analogie stehenden Verwaltungen die Rechtslage zur Zeit des Erlasses der Civilprozeßordnung, so hat darin § 50 ändernd nicht eingegriffen, vielmehr hat dieser, soweit Jemand nach Landesrecht als Partei vor Gericht treten kann, solches sanktionirt. Die Bestimmungen der Konkursordnung aber können und müssen nun in dem Sinne aufgefaßt werden, daß dem Konkursverwalter ebenfalls eine selbständige Parteistellung für die von ihm nach seinem Willen zu führende Verwaltung des der Verfügung des Eigenthümers entzogenen Vermögens eingeräumt ist.

Darum bleibt nicht minder wahr, daß alles, was der Verwalter thut, in berechtigter Vertretung des Gemeinschuldners geschieht, daß seine Ver-

waltungsakte und Prozesse das verwaltete Vermögen des Gemeinschuldners umgestalten. Insbesondere ist also festzuhalten, daß ein vom Konkursverwalter bezüglich eines Aktivbestandtheils der Konkursmasse geführter Prozeß maßgebend für den Gemeinschuldner feststellt, ob derselbe zu seinem Vermögen gehört oder nicht; bei dem Anspruch auf Befriedigung aus der Konkursmasse gilt die Feststellung regelmäßig auch gegen den Gemeinschuldner, aber hier hat er in gewissem Umfang die Möglichkeit, diese Folge abzuwehren. Auch bezüglich der Anfechtungsansprüche, welche der Konkursverwalter erhebt, ist festzuhalten, daß dies in Verwaltung der dem Gemeinschuldner gehörigen Konkursmasse geschieht. Der erfolgreich durchgeführte Anfechtungsanspruch enthält, indem er die Konkursmasse vergrößert, eine Vermehrung des Vermögens des Gemeinschuldners, welcher Vermehrung freilich wirthschaftlich gegenübersteht, daß der Gemeinschuldner nach wie vor die angefochtene Rechtshandlung als für ihn verbindlich anerkennen, und daß er die aus der erfolgreichen Anfechtung hervorgegangene Schädigung ausgleichen muß. Selbst bei Abweisung des Anfechtungsanspruchs zeigt sich, daß in Angelegenheiten des Gemeinschuldners prozessirt ist. Die Kostenlast trifft die Konkursmasse und erzeugt eine Schuld des Gemeinschuldners. Da hiernach alle Rechtsstreitigkeiten, welche der Konkursverwalter als solcher führt, während die Parteistellung des Gemeinschuldners geleugnet werden muß, denselben doch als bei dem Ausgang des Rechtsstreits unmittelbar betheiligt erscheinen lassen, so ist mit dem Reichsgericht (Entsch. Bd. 8 S. 413) anzunehmen, daß der Gemeinschuldner in solchen Prozessen als Auskunftsperson vernommen werden kann, zunächst uneidlich, aber mit Möglichkeit nachträglicher Beeidigung. Es wird kaum eine Meinungsverschiedenheit darüber geben, daß durch diese Möglichkeit dem wahren Recht besser gedient wird, als wenn der Gemeinschuldner wegen seiner Parteieigenschaft als unzuläſsiger Zeuge angesehen werden müßte, während bei der Eideszuschiebung nicht seine eigene Eidesleistung, sondern nur die des Verwalters in Betracht kommen könnte.

Die Verfügungsbeschränkung, welche mit der Konkurseröffnung gegen den Gemeinschuldner wirksam wird, entzieht ihm das Eigenthum der zur Konkursmasse gehörigen Sachen und Rechte nicht, es findet keine Sukzession des Konkursverwalters in das Recht des Gemeinschuldners statt, sondern der Konkursverwalter hat das Verwaltungs- und Verfügungsrecht zu üben, gerade weil es sich um Sachen und Rechte des Gemeinschuldners handelt. Aber er übt das Verfügungsrecht als ein ihm zu dem Zweck des Konkurses gesetzmäßig übertragenes, unabhängig vom Willen des Gemeinschuldners. Bei den durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Prozessen des Gemeinschuldners ist genau geregelt, ob und inwiefern sie als in den Vermögenstheil fallend, welcher der Verfügung des Gemeinschuldners entzogen ist, von und gegen den Verwalter aufzunehmen sind, und inwieweit sie gegen den Gemeinschuldner selbst fortgesetzt werden können.

Nach diesen allgemeinen Erörterungen, die zu meinem Bedauern länger geworden sind, als ich beabsichtigte, sei es erlaubt, noch einige Bemerkungen zu einzelnen Erörterungen der Verfasser zu machen, bei denen ich denselben

nicht zustimmen kann. Die Punkte sind willkürlich herausgegriffen, aber theilweise, wie mir scheint, von praktischer Bedeutung.

1. „Lehnt der Konkursverwalter" im Falle des § 9 der Konkursordnung, also im Falle eines vor der Konkurseröffnung gegen den Gemeinschuldner anhängig gemachten Rechtsstreits, der einen Aussonderungs- oder Absonderungsanspruch zum Gegenstand hat, die Aufnahme des Rechtsstreits ab, „so gilt der Klageanspruch als anerkannt", so heißt es S. 49 in wesentlicher Uebereinstimmung mit der ersten Ausgabe. Dieser Satz entsprach dem Entwurf der Konkursordnung, welcher im Falle des § 9, ebenso wie im Falle des § 8 nur eine Aufnahme durch den Konkursverwalter und Nöthigung desselben zur Entschließung über die Aufnahme zum Gesetz machen sollte. Das Gesetz selbst hat aber diese Bestimmungen durch ein beiderseitiges Aufnahmerecht ersetzt, und die Pflicht des Verwalters, sich über Aufnahme zu erklären, sowie die im Entwurf beabsichtigte Folge der Weigerung beseitigt. Wenn danach der Kläger den Rechtsstreit aufnimmt, wird es darauf ankommen, ob der nun in den Rechtsstreit gezogene Konkursverwalter den Anspruch ausdrücklich anerkennt, und wenn er dies nicht thut, wird über Begründung des Anspruchs verhandelt und erkannt werden müssen. Das hier den Verfassern unterlaufene Versehen, den im Gesetz verlassenen Standpunkt des Entwurfs in die Erläuterung des Gesetzes hinüberzutragen, ist um so auffallender, als die Verfasser im unmittelbaren Anschluß in Uebereinstimmung mit anderen Kommentatoren den Satz aufstellen und zu rechtfertigen suchen, daß der Konkursverwalter trotz der Möglichkeit einer Aufnahme des Aussonderungs- oder Absonderungsanspruchs gegen ihn demselben durch die Erklärung, daß er den Gegenstand nicht zur Masse rechne, den Boden entziehen könne. Ich weiß nicht, ob das so verstanden werden soll, daß, nachdem der Gegner den Rechtsstreit gegen den Konkursverwalter — von seinem gesetzlichen Recht Gebrauch machend — aufgenommen hat, der Verwalter statt den Anspruch anzuerkennen oder zu bestreiten, sich durch die angegebene Erklärung den Folgen der Aufnahme entziehen könne. Das halte ich für völlig ausgeschlossen. Aber auch wenn der Satz eine vor Zustellung der Aufnahmeerklärung abgegebene Erklärung im Auge hat, so verstehe ich nicht, wie und gegen wen abgegeben die Erklärung gedacht wird. Handelt es sich um ein Aktivum der Konkursmasse, über welches ein Rechtsstreit anhängig ist, so ist die Ablehnung der Aufnahme des Rechtsstreits dem Beklagten gegenüber allerdings nach § 8 als Aufgabe des Aktivums für die Konkursmasse wirksam. Bei Gegenständen aber, die sich in der Konkursmasse befinden, wird höchstens eine dem Gemeinschuldner gegenüber erfolgte und zwar vertragsmäßig erfolgte Freigabe oder Anerkennung, daß der Gegenstand nicht zur Konkursmasse gehört, und auch diese erst, wenn etwa dem Gegner Kunde gegeben ist, der nachmaligen Aufnahme des Rechtsstreits gegen den Verwalter entgegen stehen.

2. Ungenau und ohne die wünschenswerthe Präzision finde ich auch S. 3 und 5 die Angabe, daß die Konkursmasse das höchst persönliche Recht des Gemeinschuldners auf Ehescheidungsstrafen nicht ergreife, anscheinend also auch nicht, wenn es sich um einen darauf von dem Gemeinschuldner bereits vor der Konkurseröffnung erhobenen Anspruch handelt, und daß das

Nutznießungsrecht im Gegensatz zu den an die Person des Gemeinschuldners gebundenen Gebrauchsrechten — usus und habitatio — dem Rechte nach aus der Konkursmasse veräußert werden könne, während offenbar die Unterscheidung hat gemacht werden sollen, ob ein an die Person des Gemeinschuldners geknüpftes Gebrauchsrecht so streng persönlich ist, daß es auch der Ausübung nach nicht von der Person des Berechtigten getrennt werden kann, oder wie das Nießbrauchsrecht so, daß es zwar nicht quoad jus, wohl aber quoad exercitium veräußerlich und insoweit Bestandtheil der Konkursmasse ist.

3. Bei Besprechung des Begriffs Konkursgläubiger erörtern die Verf. (entsprechend der ersten Auflage) S. 19, ob eine Forderung auf Ersatz der Prozeßkosten, „zu deren Zahlung der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkursverfahrens verurtheilt wird," im Konkurse geltend gemacht werden kann. Im Hinblick auf die Zitate und den Inhalt einer Anmerkung ist mir zweifelhaft geworden, ob nicht statt an Forderungen auf Ersatz von Prozeßkosten ursprünglich an eine Erörterung der Frage gedacht war, inwiefern die Staatskasse Kosten eines durch den Konkurs unterbrochenen Prozesses oder einer durch den Konkurs unterbrochenen Untersuchung im Konkursverfahren verfolgen kann. Nach der klaren Fassung werden aber Kostenersatzforderungen der Gegenpartei ins Auge gefaßt, und die Frage wird dahin entschieden, daß solche Ersatzforderungen, soweit die Kosten vor der Konkurseröffnung entstanden sind, auch dann im Konkurse geltend gemacht werden können, wenn das Urtheil, das dem Gemeinschuldner die Kosten zur Last legt, erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens ergeht.

Die Erörterung hat hiernach Fälle zum Gegenstand, in denen der vor der Konkurseröffnung begonnene Prozeß während des Konkursverfahrens gegen den Gemeinschuldner fortgeführt wird und mit einer Verurtheilung des Gemeinschuldners in die Kosten endigt. Diese Verurtheilung, obgleich nach der Konkurseröffnung erfolgend, soll die Wirkung haben, daß die schon bei Beginn des Prozesses bedingt bestehenden Kostenersatzforderungen bezüglich des vorher Verhandelten als Vermögensbelastung des Gemeinschuldners zur Zeit der Konkurseröffnung angesehen werden müssen. Diese Ansicht kann ich nicht für richtig halten. Wenn ein solcher Prozeß, sei es in persönlichen Angelegenheiten, z. B. bezüglich einer Ehescheidung, oder weil der Anspruch oder der Gegenstand nicht zur Konkursmasse gehört oder aus derselben freigegeben ist, gegen den Gemeinschuldner fortgeführt wird, so kann aus der Entscheidung über diesen Anspruch nur eine den Gemeinschuldner persönlich berührende, nicht aber eine die Konkursmasse angehende Kostenerstattungsschuld erwachsen. Auch wenn man annimmt, daß die Erstattungsschuld nicht erst mit dem Urtheil entsteht, so hängt doch die Frage, ob der Anspruch bezüglich der Kosten ein im Konkurse geltend zu machender ist, von der Natur des Hauptanspruchs ab, und nur wenn und soweit dieser als Konkursforderung im Konkurse zu verfolgen ist, kann auch die Erstattungsforderung als Konkursforderung gelten, wie § 55 Abs. 2 K.O. ausdrücklich regelt.

Ueber die Kosten anderer bei der Konkurseröffnung anhängiger gegen den Konkursverwalter aufzunehmender Prozesse muß im Prozesse entschieden

werden. Werden die Kosten dem Konkursverwalter aufgelegt, so ist deren Erstattung Massenschuld.

Die Behandlung der Kosten eines durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Prozesses über eine Konkursforderung bedarf übrigens einer eingehenden Erörterung, die in unserer Ausgabe (S. 281 f.) vermißt wird, aber auch an anderer Stelle von mir vergebens gesucht worden ist. Es handelt sich dabei um Zweifel, welche in der Praxis sehr häufig hervortreten.

Nach § 55 Ziffer 1 ist klar, die Erstattungsforderung bezüglich der bestimmten vor der Konkurseröffnung in der Rechtsverfolgung einer Konkursforderung entstandenen Kosten unterliegt der Anmeldung, und die Forderung kann nur auf Grund der Anmeldung als Konkursforderung zur Feststellung gelangen. Wenn nun aber die gleichzeitig angemeldete Konkursforderung bestritten wird und zwar vom Konkursverwalter bestritten wird, so daß der deshalb anhängige Rechtsstreit dem Konkursverwalter gegenüber fortgesetzt werden muß, so hat das demnächst ergehende Urtheil über die Kosten des Prozesses zu entscheiden, und dabei ist ein Unterschied nicht zu machen zwischen den Kosten, welche vor und nach der Konkurseröffnung, vor und nach der Aufnahme des Rechtsstreits entstanden sind. Auch die ersteren, selbst wenn sie in einer früheren Instanz erwachsen sind, kommen als Kosten dieses jetzt entschiedenen Prozesses in Betracht. Die vor der Konkurseröffnung liegenden Akte sind von dem sonstigen Verfahren nicht zu trennen. Legt aber das Urtheil die Kosten des Prozesses dem Konkursverwalter auf, so sind sie aus der Konkursmasse als Masseschuld zu bestreiten. Das hat aber zu geschehen, gleichviel ob die vor der Konkurseröffnung erwachsenen Kosten als zu erstattende angemeldet waren oder nicht. Die geschehene Anmeldung nöthigt nicht, die jetzt als Wirkung der Prozeßentscheidung zwischen Gläubiger und Konkursverwalter abzugebende Kostenentscheidung anders zu fassen, namentlich den Betrag der zu erstattenden Kosten bereits jetzt zu erörtern, statt ihn dem Erstattungsverfahren vorzubehalten, oder bezüglich dieses Betrages statt der dem Gesetz entsprechenden Verurtheilung der Masse in die Kosten die bei der ursprünglichen Anmeldung erbetene Feststellung der Forderung als Konkursforderung auszusprechen. Mit dieser Festellung muß der Gläubiger sich nur dann genügen lassen, wenn der Streit über die Hauptforderung nicht fortgesetzt wird. Ueber die Kostenpflichtigkeit ist zwar als Annex der Hauptforderung der Prozeß zur Zeit der Konkurseröffnung anhängig und der etwa im Konkurs allein bestrittene Anspruch auf Ersatz der angemeldeten Kosten ist deshalb in Gemäßheit des § 134 Abs. 3 durch Aufnahme des Rechtsstreits bezüglich des Kostenpunkts zu verfolgen. Aber dies hat nicht zur Folge, daß wie bei der Aufnahme des Streits über die Hauptsache zwischen dem Konkursverwalter und dem Gläubiger allgemein über die Kostenpflicht aus dem ursprünglich erhobenen Prozesse zu entscheiden wäre, sondern es bleibt zu beachten, daß die Aufnahme lediglich den Zweck hat, festzustellen, ob die angemeldete Kostenerstattungsforderung in der angegebenen Höhe zum Ansatz zu bringen ist. Das ist die erbetene Sachentscheidung, und die im Falle der Entscheidung gegen den Konkursverwalter der Masse zur Last fallenden Prozeßkosten sind nur die nach diesem Gegenstand zu bemessenden.

Anders als im Falle des Widerspruchs des Konkursverwalters stellt sich aber die Sache, wenn ein anderer Konkursgläubiger den Widerspruch gegen die angemeldete Forderung erhoben hat, und wenn folgeweise die Aufnahme des Rechtsstreits gegen diesen erfolgt. Auch hier wird die gegen den bestreitenden Gläubiger ergehende Entscheidung die Kosten des ganzen aufgenommenen Prozesses zum Gegenstand haben. Der in die Kosten verurtheilte Gegner wird also vom Gläubiger als persönlicher Schuldner aller ihm in dem Prozeß entstandenen Kosten, auch wenn sie vor der Konkurseröffnung entstanden waren, in Anspruch genommen werden. Aber die durch die Anmeldung für den Konkurs aufgeworfene Frage, ob und wieweit eine Kostenforderung des Gläubigers als Konkursforderung festzustellen sei, wird durch jene Kostenentscheidung nicht gegenstandslos gemacht. Es wird also darüber im Anschluß an die Hauptentscheidung zu entscheiden sein, so daß event. der Gläubiger als Konkursgläubiger in Höhe des festgestellten Betrages ebenso aus der Konkursmasse Befriedigung suchen kann, wie er kraft der Entscheidung des Kostenpunktes Erstattung vom Gegner zu fordern berechtigt ist.

4. In hohem Maße dem praktischen Bedürfniß widerstreitend sind die Erörterungen der Verf. über den Begriff und das Verhältniß der Massekosten und Masseschulden. §§ 51, 52 K.O. Die Verf. halten hier die Petersensche Ansicht fest, daß Ansprüche, welche aus Geschäften des Konkursverwalters entstehen, auch wenn diese zum Zwecke der Verwaltung, Verwerthung oder Vertheilung der Konkursmasse geschlossen werden, Masseschulden begründen, (S. 261), daß aber, sobald der Konkursverwalter solche Schuld bezahlt, für ihn das Bezahlte den Karakter der Ausgaben für Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung der Masse und damit die Natur der Massekosten annimmt, welche, wenn die Masse zur Befriedigung der Massekosten und Masseschulden nicht ausreicht, hinter den unbezahlten Masseschulden zurückstehen müssen, auch wenn diese letzteren ganz derselben Art sind, wie die vorweg bezahlten. Ist letzteres der Fall, so müssen sie freilich mit der erfolgten Zahlung durch den Konkursverwalter wieder die Natur der Ausgaben, also der Massekosten annehmen. Und man findet sich nun vor dem Dilemma: entweder ist durch die Zahlung des Konkursverwalters neben der Befriedigung des Gläubigers die Masse selbst endgiltig verringert, oder es entsteht wieder eine „Ausgabe" desselben. Im ersteren Fall ist nicht abzusehen, wie angenommen werden kann, die Zahlungen, welche den erstgedachten Gläubigern geleistet sind, haben die Konkursmasse nicht auch bereits verringert, sondern sind Auslagen, welche der Konkursverwalter aus seiner Privattasche gemacht hat, und wegen deren er seinerseits noch Befriedigung aus der Konkursmasse in Konkurrenz mit anderen Konkursgläubigern zu suchen hätte. Der arme Konkursverwalter, wenn er so behandelt werden soll, wie ihn die Verf. behandeln! Er macht die möglichsten Anstrengungen, zweifelhafte Bestandtheile der Masse zu erhalten, führt verwickelte Prozesse, bezahlt die Anwälte derselben, schließt in der Verwaltung der Masse Verträge, auf welche er Zahlungen leistet. Aber seine Bemühungen schlagen im Ergebniß fehl, und nun, nicht genug, daß er kein Honorar bekommt, er bleibt auch mit seinen Auslagen sitzen,

erlangt dieselben aus dem wenigen, was er erlöst, nicht ersetzt und ist der Gefahr ausgesetzt, daß wenn er einen andringenden Massegläubiger bezahlt, ein Anderer nachträglich kommt und ausführt, hierdurch sei wieder nur aus der Privattasche des Konkursverwalters eine Auslage bestritten, ihm aber müsse vorweg Zahlung aus der Masse geleistet werden.

Es ist ja anzuerkennen, daß K.O. § 51 Ziffer 2 im Verhältniß zu § 52 und unter Berücksichtigung des § 53 ein Räthsel aufgiebt, — aber so wie die Verf. es thun, darf und kann dasselbe nicht gelöst werden. Vielmehr ist um das, was der Konkursverwalter ausgegeben hat, die Masse endgiltig verringert; auch dann endgiltig verringert, wenn der Konkursverwalter rechtlich nicht hätte genöthigt werden können, die Ausgabe zu machen. Selbst dann, wenn der Konkursverwalter eine dem Gemeinschuldner bewilligte Unterstützung an denselben gezahlt hat, ist die Masse endgiltig vermindert, und wenn nachträglich zur Erscheinung kommt, daß die Masse nicht mehr ausreicht, alle noch ungedeckten Massekosten und Masseschulden zu bezahlen, kann die rechtmäßig gezahlte Unterstützung weder vom Gemeinschuldner noch vom Konkursverwalter herausgefordert werden. Bei der Frage, ob die Konkursmasse zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger ausreiche, ist freilich gegenüber dem Gesammterlös der Aktivmasse neben dem, was noch zu bezahlen aussteht, auch das bereits Bezahlte in Rechnung zu stellen, und dabei sind auch die von dem Verwalter gemachten Ausgaben, sowohl die, welche er zu machen schuldig war, als die, welche er ohne Verbindlichkeit, etwa in der Hoffnung davon Nutzen zu haben gemacht hat, als bezahlte Massekosten in Anrechnung zu bringen. Dies allein bringt § 51 Ziffer 2 zum Ausdruck. Die Frage aber, was fernerhin mit der unzureichenden Masse zu beginnen sei, berührt nur die noch nicht bezahlten Verbindlichkeiten. Es kann deshalb der Zweifel, ob die noch nicht bezahlte Masseschuld oder eine bereits vom Konkursverwalter gemachte Ausgabe vorweg zu befriedigen sei, gar nicht entstehen, denn letztere gehört nicht zu den noch zu berichtigenden Posten.

Es ist ja sogar möglich, daß sich die Unzulänglichkeit der Masse, Masseforderungen zu bezahlen, zu einer Zeit herausstellt, in der bereits Abschlagzahlungen an Konkursgläubiger stattgefunden haben: wenn z. B. nach einer Abschlagsvertheilung nachträglich ein Anspruch eines Massegläubigers erhoben und wider alles Erwarten als richtig befunden ist, während die vorhandene Masse nicht mehr soviel beträgt. Noch weniger als an eine Rückgängigmachung der Zahlungen an die Konkursgläubiger kann aber daran gedacht werden, rückgängig zu machen, was der Konkursverwalter auf Masseforderungen bezahlt hat, oder gar anzunehmen, daß er die Zahlung nicht aus der von ihm verwalteten Konkursmasse, sondern zu dem Zwecke geleistet habe, selbst einen Auslageanspruch gegen die Konkursmasse zu gewinnen.

Auch dann, wenn der Konkursverwalter bei ihm bekannt gewordener Insuffizienz der Masse ungehöriger Weise eine nachstehende Masseforderung bezahlt, kann übrigens m. E. gegen die Ansicht, welche anscheinend die Verf. S. 267 in Uebereinstimmung mit anderen Kommentatoren vertreten wollen, von dem Konkursverwalter als solchem ein Anspruch auf Rückzahlung nicht erhoben werden. Freilich hat auch die Rechtsprechung diesen nach meinem

Erachten völlig verkehrten Weg eingeschlagen. Zum Nachtheil der Konkursmasse liegt eine ungerechtfertigte Bereicherung des Gläubigers nicht vor. Aus derselben ist gezahlt, was die Masse als solche schuldig war. Der Konkursverwalter hätte in Berücksichtigung der Rechte anderer Gläubiger nicht zahlen sollen, aber daraus ist eine Rückforderung zum Besten der Masse ebensowenig herzuleiten, wie der überschuldete Schuldner die von ihm geleistete Zahlung zurückfordern könnte, weil er in seinem Verhältniß zu seinen anderen Gläubigern pflichtmäßig gehandelt haben würde, wenn er, statt zu zahlen, Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen beantragt hätte. Man müßte sonst auch dann, wenn der Konkursverwalter eine unbegründete Massenschuld als solche anerkannt und bezahlt hat, vielleicht sogar nach Verurtheilung bezahlt hat, der Konkursmasse einen Anspruch auf Rückzahlung auf Grund der Bereicherung geben, weil der Empfänger das auf Grund eines Versehens des Konkursverwalters Erhaltene zum Nachtheil der Konkursmasse habe. Es ist auch garnicht abzusehen, warum es dabei vom Standpunkt der Bereicherungsklage darauf ankommen soll, daß der Konkursverwalter etwas gethan hat, was er nicht hätte thun sollen. Man müßte dazu gelangen, auch gegen die durch Abschlagsvertheilung befriedigten Konkursgläubiger bestehe eine Bereicherungsklage der Masse, wenn sich nachträglich eine nicht mehr zu befriedigende Massenschuld herausstellt. Bei der Annahme einer solchen Bereicherungsklage wird eben verkannt, daß der Konkursverwalter ein Vertretungsrecht hat, daß seine Handlungen, auch wenn er sie nicht hätte vornehmen sollen, für die Verwaltung der von ihm zu verwaltenden Konkursmasse und für den Gemeinschuldner rechtsverbindlich sind.

In Frage kann hiernach nur kommen, ob die nicht bezahlten Massengläubiger das zu ihrem Nachtheil Gezahlte, oder ob der Konkursverwalter, der wegen pflichtwidriger Zahlung zum Ersatz an die Masse herangezogen ist, im eigenen Namen das von ihm aus seinem Vermögen Erstattete von dem bezahlten Gläubiger mit der Bereicherungsklage herausfordern kann. Das aber sind Fragen, die nicht nach der Konkursordnung, sondern nach dem Landesrecht und der von diesem der Bereicherungsklage zugewiesenen Stellung zu erörtern sein würden. In der Praxis ist freilich sogar der Satz vertreten worden, sowohl der, zu dessen Nachtheil gezahlt worden, als die Konkursmasse habe einen Bereicherungsanspruch, — als ob die Bereicherung zu gleicher Zeit sowohl zum Nachtheil der Konkursmasse wie zum Nachtheil des einzelnen Gläubigers stattgefunden haben könnte!

5. In Zusammenhang mit dem Vorstehenden mag dem Wunsch Ausdruck gegeben werden, daß die Verf. bei Erörterung des § 77 der K.O. die, soweit ich sehe, bisher kaum beantwortete Frage prüfen mögen, wie des Konkursverwalters Anspruch auf eine Vergütung für seine Geschäftsführung zu behandeln ist, falls die Konkursmasse nicht ausreicht. Die Fälle, in denen die Praxis vor dieser Frage steht, sind gar nicht selten, — aber an eingehenden Erörterungen derselben fehlt es. Man ist sich wohl einig, das Honorar zu den Massekosten zu rechnen, ohne indessen sich klar zu werden, unter welcher Ziffer des § 51 die Forderung bezüglich des bewilligten, aber noch nicht bezahlten Honorars zu bringen ist. Versteht man

Ziffer 2 dahin, daß die Bestimmung von allen zu machenden Ausgaben für die Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung der Masse zu verstehen ist, so hat freilich die Erörterung keine Schwierigkeit. Aber abgesehen von der dann brennenden, oben durch die abweichende Auslegung beseitigten Frage nach dem Verhältniß zu § 52, ist doch billig, eine Erklärung dafür zu fordern, warum das Gesetz in Ziffer 2 des § 51 nicht einfach von Forderungen spricht. Der Ausdruck „Ausgabe" hat den Thatbestand einer bereits gemachten Aufwendung in sich. Und gerade an der unbezahlten Honorarforderung haftet das Interesse des Verwalters. Man setze den Fall: der Konkurs ist eröffnet, weil eine Reihe ausstehender Forderungen den Zweifel nicht aufkommen ließ, daß die Kosten des Verfahrens ungedeckt bleiben könnten. Mit großer Mühewaltung hat der Konkursverwalter dem ihm amtlich ertheilten Auftrag entsprechend, das Material für die zu erhebenden Ansprüche und den Aufenthaltsort der Schuldner ermittelt. Aber die von ihm erhobenen Prozesse gehen theils verloren, theils sind die Zwangsvollstreckungen fruchtlos. Seine Mühewaltung ist eine viel größere gewesen als in manchem Konkurse, der eine große Vertheilungsmasse ergeben hat, und das Honorar wird demgemäß vom Gericht auf eine beträchtliche Summe festzustellen sein; — aber der Konkursverwalter weiß selbst am besten, daß er diesen Betrag aus der Masse nicht entnehmen kann. Muß er sich damit trösten, daß, wo nichts ist, auch der Kaiser sein Recht verloren hat, daß er also im staatlichen Auftrage umsonst gearbeitet hat, wie es früher hieß: pour le roi de Prusse, — oder hat er etwa Anspruch an die Staatskasse?

Der § 77 der K.O. sagt nichts darüber, gegen wen sich der festgestellte Anspruch auf ein Honorar richtet. Nun rechnet der § 79 des Gerichtskostengesetzes zu den seitens der Staatskasse neben der Gebühr für das Verfahren zu erhebenden Auslagen wie die an Zeugen und Sachverständige zu bezahlenden Gebühren auch die an andere Behörden oder Beamte oder an Rechtsanwälte für deren Thätigkeit zu zahlende Beträge. Es kommt hiernach auf eine nähere Bestimmung des Begriffs von „Beamten" in dieser Rechtsvorschrift an; — umfaßt derselbe die im amtlichen Auftrag mit einem bestimmten Wirkungskreis befaßten Personen, oder ist der Begriff auf die unmittelbaren und mittelbaren Staatsbeamten beschränkt? Ich habe keinen Zweifel, den Konkursverwalter zu den hier bezeichneten Beamten zu rechnen, wie ja auch das Honorar des Verwalters einer Zwangsverwaltung, über dessen Bezahlung das Immobiliarvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 ebenfalls näherer Bestimmungen ermangelt, in steter Rechtsübung als baare Gerichtsauslage behandelt wird. Das nicht bezahlte Honorar des Verwalters gehört hiernach zu den Massekosten kraft des § 51 Ziffer 1 der K.O. Die Sache fordert und verdient m. E. eine eingehendere Untersuchung.

6. Das Institut der ungerechtfertigten Bereicherung wird von den Verf. (S. 301) wieder einmal herangezogen, um darzulegen, daß im Falle einer solidarischen Verpflichtung Mehrerer für dieselbe Schuld die zur Deckung nicht herangezogene Konkursmasse zu Gunsten des zahlenden Mitschuldners oder der Konkursmasse, aus welcher gezahlt ist, mit einer Ausgleichsschuld belastet ist, insoweit das bürgerliche Recht dem einzelnen Mitschuldner gegen den andern ein Ausgleichsrecht gewährt. In welcher Höhe diese von den

Verf. als Masseschuld karakterisirte Verbindlichkeit geltend zu machen ist, wird nicht näher klar gestellt, als durch die Voraussetzung, daß in Folge der Nichtheranziehung der mit dieser Masseschuld belasteten Konkursmasse in derselben „ein Ueberschuß“ verbleibe. Was damit gesagt sein soll, ist mir unverständlich. Die ganze Auseinandersetzung steht auch in Widerspruch mit dem, was S. 295 über die Rückgriffsforderungen von Bürgen und Mitschuldnern ausgeführt wird. Insoweit das bestehende Verhältniß einer Solidarhaftung vom bürgerlichen Recht dahin ausgestaltet ist, daß unter den Mitverpflichteten Rückgriffsrechte anerkannt werden, bestehen diese Rückgriffsrechte als bedingte Ansprüche sofort mit der Entstehung des solidarischen Schuldverhältnisses. Mit Recht ist deshalb auch von den Verf. S. 295 ausgeführt, daß der Mitverpflichtete, also auch der Verwalter der Konkursmasse eines Mitverpflichteten den ihm für den Fall, daß er zahlt, zustehenden Regreßanspruch als einen bedingten schon vor der Zahlung auch im Konkurse des anderen Mitverpflichteten geltend machen kann, und es ist mir völlig unverständlich, wie diese durchaus zutreffenden Auseinandersetzungen sich zu den hier bezeichneten verhalten, und von welchen Gesichtspunkten die Verf. S. 301 ausgehen, indem sie die hier erörterten Rückgriffsforderungen an die Konkursmasse mit der „Anmeldung derselben im Konkursverfahren“ und nach der Konkurseröffnung entstehen lassen. Liegt freilich die Sache so, daß als Mitverpflichteter der von einem Solidarschuldner bezahlten Schuld nicht der Gemeinschuldner, sondern die Konkursmasse desselben anzusehen ist, wie in dem von Wilmowski S. 262 berührten Fall, wenn der Käufer, für den sich ein Anderer verbürgt hat, in Konkurs verfallen ist und wenn dann der Konkursverwalter kraft des § 15 der Konkursordnung Erfüllung des noch nicht erfüllten Kaufvertrags verlangt hat, so handelt es sich natürlich für den Bürgen um einen Regreß gegen die Masse, nicht um eine Konkursforderung.

Die vorstehenden Ausstellungen an geringfügigen Einzelheiten können das im Eingang ausgesprochene günstige Gesammturtheil über das Werk nicht modifiziren. Wer sich desselben bedient, wird überall die von einem Kommentar erwartete schnelle Orientirung und vielfach in den tiefer gehenden Ausführungen Förderung und Belehrung finden. Eccius.

40.

Handausgabe der Civilprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes für das deutsche Reich auf der Grundlage ihres Kommentars nebst einem Anhang, enthaltend die Kostengesetze. Bearbeitet von Dr. G. von Wilmowski, Geh. Justizrath, Rechtsanwalt beim Kammergericht zu Berlin und M. Levy, Justizrath, Rechtsanwalt beim Kammergericht zu Berlin. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin 1889. Verlag von Franz Vahlen. (Geh. M. 6,—; geb. M. 7,—.)

Die Verf. hatten als Zweck ihrer Handausgabe der C.P.O. bei der im Jahre 1884 erschienenen ersten Auflage angegeben, das für die Praxis werthvollste Material in gedrängter Kürze und Uebersichtlichkeit darzustellen. Dem entsprechend waren alle Erörterungen von Kontroversen vermieden,

und die Nachweise der Materialien und der Literatur weggelassen. Die Verf. hegten keineswegs die Absicht, durch die Handausgabe das Studium der eingehenden Kommentare der C.P.O. oder der Lehrbücher zu erübrigen, sondern sie wollten nur den Praktikern — Richtern und Anwälten — die Möglichkeit gewähren, sich über Prozeßfragen schnell zu orientiren. Um das zu erreichen, gaben sie bei den einzelnen Gesetzesparagraphen sorgfältig die Judikatur des Reichsgerichts an, hoben die in der Literatur und Praxis bestehenden Streitfragen kurz hervor und berücksichtigten durch entsprechende Hinweise die Partikulargesetzgebung, namentlich des preußischen Staates. Daß sie damit einem lebhaft gefühlten Bedürfniß entgegen kamen, und daß sie die gestellte Aufgabe zu allseitiger Befriedigung gelöst haben, beweist die Verbreitung, welche die Handausgabe in allen juristischen Kreisen gefunden hat.

Die Eigenartigkeit derartiger Bücher erfordert jedoch, daß sie in nicht zu langen Zwischenräumen neu aufgelegt werden, denn nur unter dieser Bedingung können sie den Zweck einer sicheren Orientirung erreichen. Wir haben es deshalb mit großer Freude begrüßt, daß die Verf. dem schon von vielen Seiten ausgesprochenen Wunsche nachgekommen sind, eine neue Auflage der Handausgabe zu veranstalten. Dieselbe ist äußerlich*) nur wenig umfangreicher als die erste, aber dennoch ganz neu umgearbeitet. Die Verf. konnten sich bei manchen, im Laufe der letzten fünf Jahre abgethanen Fragen kürzer fassen und haben sich dadurch den Raum geschaffen, das aus der Praxis des Reichsgerichts neu gewonnene Material ohne zu große Vermehrung des in den Noten enthaltenen Materials eingehend zu berücksichtigen. Unsere Leser werden sich leicht überzeugen, daß das Buch in seiner neuen Auflage allen Anforderungen, welche man an eine Handausgabe stellen kann, völlig entspricht. Wir hegen deshalb keinen Zweifel an seiner günstigen Aufnahme. Für eine neue Auflage möchten wir den Verf. den Wunsch aussprechen, im Anhang den Text der Rechtsanwaltsordnung, wenigstens auszugsweise, abdrucken zu lassen. Rassow.

41.

Der Prozeß als Rechtsverhältniß. Prolegomena zu einem System des Civilprozesses. Von Dr. J. Kohler, Professor an der Universität Berlin &c. Mannheim 1888. Druck und Verlag von J. Bensheimer. (M. 3,60.)

Der Zweck dieser Schrift ist, wie der Verf. in dem Vorwort sagt, die wichtigsten prozessualen Erscheinungen zu fundiren, sie auf ihre Prinzipien zurückzuführen, und die wichtigsten prozeßrechtlichen Institute zu zerlegen. Sie soll nicht die einzelnen Fragen des Prozeßrechts speziell behandeln. Dies hat sich der Verf. vielmehr für sein später erscheinendes System des Civilprozesses vorbehalten. Den Ausgangspunkt, welcher mehr oder minder die ganze Abhandlung beherrscht, bildet der Satz, daß der Prozeß kein bloßer faktischer Vorgang, sondern ein rechtlicher Vorgang ist, ein Vorgang

---

*) Der Bogenzahl nach; durch Vergrößerung der Satzfläche, sowie durch Abkürzungen &c. ist dies ermöglicht worden.

mit besonderen eigenartigen Rechtsfolgen. Er greift in die Rechtssphären beider Prozeßparteien ein, erzeugt, verändert und vernichtet Rechte. Der Verf. bezeichnet daher (mit Bülow und Schultze, gegen Planck u. A.) den Prozeß als ein Verhältniß des Rechts, ein durch Rechtsgeschäft hervorgerufenes Gebilde des Rechts, und zwar ein einheitliches Rechtsgeschäft unter den Parteien, nicht eine Kombination von Rechtsverhältnissen, nicht ein Rechtsverhältniß zwischen den Parteien und dem Gericht. Von diesem Grundgedanken aus wird das Rechtsverhältniß durch alle Stadien des Prozesses verfolgt und näher konstruirt. Wir müssen es uns mit Rücksicht auf die Masse des anzuzeigenden Materials versagen, den Gedankengang des Verf. im Einzelnen zu skizziren. Wer sich für diese allgemeinen prozeßrechtlichen Erörterungen interessirt, wird die anregend geschriebene Abhandlung mit Interesse lesen. Der Verf. hebt hervor, daß er (namentlich auch in den beigefügten Exkursen und Annotationen) eine Reihe von praktischen Fragen berührt habe. Um den Praktikern die Auffindung zu erleichtern, ist ein alphabetisches Register, ein Quellenregister und ein Verzeichniß der zitirten reichsgerichtlichen Entscheidungen beigefügt. Rassow.

42.

Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Auf Grundlage des gemeinen, preußischen und französischen bürgerlichen Rechts. Von R. Falkmann, Amtsrichter. Berlin 1888. Siemenroth & Worms. (M. 6,—.)

Der Verf. sagt in dem Vorwort mit Recht, daß eine umfassende Darstellung der Lehre von der Zwangsvollstreckung in den Kommentaren zur C.P.O. (und ebensowenig in den Lehrbüchern des Prozesses) möglich ist, weil formelles und materielles Recht nirgends so tief in einander eingreifen, als auf diesem Rechtsgebiet. Er hat deshalb den Versuch gemacht, das für die Zwangsvollstreckung in Betracht kommende materielle und prozessuale Recht zusammenzustellen. Er beschränkt sich jedoch auf eine Bearbeitung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. Die Berücksichtigung des erst unmittelbar vor Abschluß des Manuskripts veröffentlichten Entwurfs zum B.G.B. hat ausgeschlossen bleiben müssen. Im ersten Theil werden die allgemeinen Grundsätze des Zwangsvollstreckungsrechts dargestellt, namentlich I. die materiellen und formellen Voraussetzungen desselben, II. die Parteien im Verfahren, III. die Organe der Zwangsvollstreckung, IV. die Gerichtsstände und Entscheidungen in der Zwangs-Vollstreckungs-Instanz, V. die Einwendungen im Zwangs-Vollstreckungs-Verfahren, VI. Ansprüche dritter Personen auf den Gegenstand der Zwangs-Vollstreckung, VII. Einstellung und Beschränkung der Zwangs-Vollstreckung, und VIII. Sicherheitsleistung, Armenrecht, Gerichtsferien, Erfüllungsort, Kosten. Der zweite Theil behandelt die einzelnen Vollstreckungsarten und das Verfahren, insbesondere IX. allgemeine Grundsätze der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen, X. Vollstreckung derselben in körperliche Sachen, XI. in Forderungen und andere Vermögensrechte, XII. das Vertheilungsverfahren, XIII. die Realexekution und die Klage auf das Interesse,

XIV. den Offenbarungseid und XV. die Haft. — Dann folgen Nachträge, ein Sachregister und eine Nachweisung der kommentirten Stellen der C.P.O.

Bei der Durchführung seiner Aufgabe hat der Verfasser vermieden, seine eigene Ansicht in den Vordergrund zu stellen, wenn er ihr auch mehrfach Ausdruck giebt. Es ist sein Bestreben gewesen, die Literatur und Praxis bei den einzelnen Fragen dem Leser vorzuführen, und dadurch namentlich den praktischen Juristen das Studium der Kontroversen zu erleichtern. Die Einsicht des Buches wird jedem Leser die Ueberzeugung verschaffen, daß namentlich die Rechtsprechung des Reichsgerichts mit peinlichster Sorgfalt zusammengestellt ist. Wir zweifeln deshalb nicht, daß die Praxis, für welche der Verf. in erster Linie schreiben wollte, sein Buch günstig aufnehmen wird. Rassow.

43.

Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung. Eine civilprozessuale Abhandlung von Dr. Arthur Skedl, Privatdozenten an der Universität Czernowitz. Leipzig 1886. Verlag von Bernhard Tauchnitz. (M. 6,—.)

Für das Rechtsgebiet des deutschen Reiches hat diese Arbeit zwar nicht die nämliche Bedeutung wie für Oesterreich, wo das geltende Recht der Nichtigkeitsbeschwerde noch auf der Grundlage des J.R.A. ruht. Gleichwohl muß auch die deutsche Rechtswissenschaft von der vorliegenden gründlichen dogmengeschichtlichen Untersuchung, welche die Entwicklung der Nichtigkeitsbeschwerde von ihren Anfängen im langobardischen Rechte bis zum J.R.A. verfolgt, Kenntniß nehmen. In der Einleitung stellt Verf. gegenüber den Behauptungen anderer Schriftsteller fest, daß die Nichtigkeitsbeschwerde weder aus dem römischen noch aus dem kanonischen Rechte hergeleitet werden dürfe, sondern ihre Quelle im langobardischen Rechte habe; von hier aus sei das Rechtsmittel in die Statuten der italienischen Städte übergegangen, um sodann von der italienischen Doktrin des Mittelalters aufgenommen zu werden. S. schildert daher in 4 Kapiteln 1. die Appellation des langobardischen Rechts; 2. die langobardische Appellation unter dem Einflusse der fränkischen Gesetzgebung und ihre Fortdauer bis in die Mitte des 12. Jahrhunderts; 3. die Nichtigkeitsbeschwerde der Statutarrechte und 4. die Doktrin und den Abschluß der Entwicklung in Deutschland durch den J.R.A., welcher, von wenigen Ausnahmen abgesehen, das Recht der italienischen Statuten zur Herrschaft brachte. Auf die Reichsgesetzgebung übten dabei mehrfach deutsche Partikulargesetze wesentlichen Einfluß aus (vgl. S. 173 Anm. 1). Kleinfeller.

44.

Die Klagänderung. Von Dr. Richard Schmidt, Privatdozenten und Referendar zu Leipzig. Leipzig 1888. Verlag von Duncker & Humblot. (M. 5,40.)

Auf diese Schrift als eine „beachtenswerthe und fördernde Arbeit“ ist in den „Beiträgen“ Bd. 33 S. 1 schon von Wach hingewiesen. In

der 1. Abtheilung seines Buches verfolgt Sch. die Geschichte des Klagänderungsverbotes und die mannigfachen Wandlungen in der Auffassung desselben, den Wechsel in der Klageform und Klagebegründung sowie in den Ansichten über Prozeßpflicht, Litiskontestation und über die Bedeutung der Rechtskraft. Vor unserm geistigen Auge ziehen vorüber das langobardische Recht, die Lehren der Glossatoren und Kommentatoren, die gleichzeitigen italienischen Statutarrechte, das italienische Recht in Deutschland, das sächsische Recht, das moderne gemeine Recht und die neueren deutschen Partikulargesetze (S. 1—142). Die kleinere 2. Abtheilung (S. 143—244) behandelt das Klagänderungsverbot nach Reichsrecht in 4 Kapiteln. Den Ausgangspunkt bildet die Bedeutung der Klagschrift, von welcher Sch. sagt, daß sie einerseits nicht den Zweck hat, Prozeßstoff zu beurkunden, sondern den Prozeß nur vorzubereiten, daß sie aber andererseits nicht bloß vorbereitender Schriftsatz ist und deshalb die rechtliche Bestimmung haben müsse, den Beklagten auf die Beantwortung der Klage im Ganzen vorzubereiten. Ihr wesentlicher Inhalt sei demnach nicht die Bezeichnung des Streitstoffes, sondern des Streitgegenstandes d. h. dessen, was Kläger durch den Prozeß erstrebt; Streitgegenstand ist das, worüber im Urtheil rechtskräftig entschieden werden soll. Während nun bis zum Nordd. Entw. Klagänderung die Aenderung des Angriffs bedeutet d. h. den Wechsel des Materiales, auf das Kläger seinen Angriff gestützt hatte, und Klagänderung somit die Nöthigung des Gegners zu einer andern Vertheidigung war, ist seit den Entwürfen zur C.P.O. trotz gleichlautender Bestimmungen unter Klagänderung die Aenderung des Streitgegenstandes zu verstehen, also ein Verlangen, auf welches der Beklagte durch die Klageschrift nicht vorbereitet ist und über dessen Berechtigung er deshalb nicht Erwägungen anstellen konnte; Klagänderung liegt nunmehr vor, wenn die Rechtskraft des über die neu vorgebrachte Forderung ergehenden Urtheils die alte Forderung nicht mitergreifen würde (S. 166). Es fragt sich also, was Gegenstand der Rechtskraft ist: das geltend gemachte Recht selbst oder nur die Rechtsfrage, ob ein bestimmter Thatbestand unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkte den Klageantrag rechtfertigt. Sch. zeigt zunächst, welche Folgerungen sich aus den beiden verschiedenen Standpunkten hinsichtlich der positiven und negativen Wirkung der Rechtskraft, bezüglich der Identität des Streitgegenstandes sowie des Gegenstandes von Leistungs- und Feststellungsklage ergeben. Sodann entscheidet er sich dafür, daß das Recht selbst Gegenstand der rechtskräftigen Entscheidung sei, wobei er sich zum Beweise auf die Bedeutung der Klageschrift beruft (S. 204). Das letzte Kap. enthält Beiträge zur Kasuistik der Lehren von der Klage, Klagänderung und Rechtskraft, besonders mit Rücksicht auf die Frage der Identität des Streitgegenstandes nach Subjekt, Objekt und Umfang. Wir heben daraus als von allgemeinerer Bedeutung die Sätze hervor: Vertauschung in der Erwerbsbehauptung bei der dinglichen Klage ist nicht Klagänderung, denn das Eigenthumsrecht wird durch die Sache individualisirt; dagegen bietet die Entstehungsgeschichte der Obligation den einzig denkbaren Anhaltspunkt für die Bestimmung ihrer Individualität, wobei jedoch der historische Vorgang nicht in Betracht kommt als ein Thatbestand von bestimmter rechtlicher

Qualifikation, sondern nur als der äußere Vorgang ohne Rücksicht darauf, welche rechtliche Bedeutung ihm ursprünglich in der Klage beigelegt wurde.

Mögen diese Mittheilungen über den Gedankengang des Verf. dazu dienen, das oben angeführte Urtheil Wach's zu bestätigen.

Kleinfeller.

45.

Die Lehre von dem Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast mit besonderer Rücksicht auf die R.C.P.O. und den Entwurf eines neuen bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich dargestellt von Dr. Carl Reinhold, Geh. Justizrath und Landgerichtsdirektor a. D. zu Weimar. Berlin 1888. Siemenroth und Worms (M. 3.)

Das Buch ist die Neubearbeitung einer 1855 in der Gießener Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß erschienenen Abhandlung des Verf. und hat hauptsächlich zum Gegenstand die Lehre von der Beweislast, womit Erörterungen über den Klaggrund und die Einreden um des Zusammenhangswillen verbunden sind. R. betrachtet die Frage der Beweislast zunächst von allgemeinen Gesichtspunkten nach ihrem Verhältniß zur Verhandlungsmaxime und zur Behauptungslast, wobei er den Meinungsverschiedenheiten in der Literatur nachgeht. Sodann sucht er an Beispielen diese Grundsätze zu verwerthen zur Feststellung der Beweislast für die rechtserzeugenden, rechtshindernden, rechtsvernichtenden, rechtserweiternden und rechtsbeschränkenden, endlich für die keimzerstörenden Thatsachen (d. h. solche, die den Keim eines künftigen Rechtsverhältnisses zerstören). Wiederholt sind die Bestimmungen des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs zum Vergleich herangezogen. Im Anhang bespricht R. die Bedeutung der römischrechtlichen Exzeptionen und ihr Verhältniß zu den Einreden im heutigen Sinne, um in einem Schlußangriffe auf den Entwurf zu verlangen, es sei die Unterscheidung zwischen Einreden im materiellen und im prozessualen Sinne als praktisch entbehrlich aufzugeben, obgleich er selbst S. 145 einen praktischen Unterschied einräumt.

Kleinfeller.

46.

Die civilprozessuale Zuständigkeits-Vereinbarung in geschichtlicher Entwicklung. Inaugural-Dissertation von Robert Adam. München 1888. Theodor Ackermann. (M. 2,40.)

Verf. stellt in der Einleitung das Gebiet der Zuständigkeitsvereinbarung nach dem geltenden deutschen Reichsrechte mit dem Ergebnisse fest, daß für dieselbe nur im Gebiete des Civilprozeßrechts Raum ist. Sodann versucht er, die geschichtliche Entwicklung der Zuständigkeitvereinbarung im Civilprozeß in 4 Abschnitten darzustellen; nämlich 1. das römische Recht, 2. das germanische und kanonische Recht, 3. das gemeine Recht, 4. die neueren Partikulargesetzgebungen (Codex jur. Bav., Allgem. Preuß. Ger.O., C. de proc. civ. und die deutsche Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts). Unter die Ueberschrift dieses 4. Abschnittes paßt nicht mehr recht der letzte Paragraph, welcher die gesetzgeberischen Versuche zur Herstellung einer einheitlichen

deutschen Civilprozeßordnung zum Gegenstande hat. Im Schlußwort bezeichnet es A. als Ergebniß der geschichtlichen Entwicklung, daß der Grundsatz „die strikte Aufrechterhaltung der legalen Kompetenzordnung dem höheren Interesse unanfechtbarer Rechtskraft des .... Urtheils zu opfern", mehr und mehr Ausdehnung erfahren habe. Literatur und Quellen sind fleißig benützt und haben den Verf. mehrfach zur Polemik gegen andere Schriftsteller veranlaßt. Kleinfeller.

47.

Ueber richterliche Ermittelung und Feststellung des Sachverhalts im Civilprozesse. Eine Studie zur Reichscivilprozeßordnung von R. Schneider, Amtsrichter. Leipzig 1888. Verlag von Duncker und Humblot. (M. 4,20.)

Diese Abhandlung verfolgt den Zweck, gegenüber einer in Literatur und Praxis hervortretenden übermäßigen Betonung der sog. Verhandlungsmaxime die Berechtigung sowie die Verpflichtung des Richters zur Mitwirkung bei Ermittelung und Feststellung des Sachverhalts zu größerer Geltung zu bringen. Bei dieser Gelegenheit wird eine Reihe interessanter praktischer und theoretischer Fragen theils eingehend geprüft, theils wenigstens kurz gestreift.

Sch. erörtert nach einer kurzen Einleitung die Begriffe Sachverhalt, Ermittelung und Feststellung, ferner das Verhältniß des Sachverhalts zu den Parteibehauptungen und das der Parteien zum Gerichte wie untereinander. Den Hauptstoff aber vertheilt Sch. in 4 Abschnitte, indem er I. die Grenzen der richterlichen Mitwirkungspflicht besprechend dieselben bei Ermittelung des Sachverhalts in der Verhandlungsmaxime und Beweislast, bei der Feststellung des Sachverhalts in den Schranken findet, welche das Gesetz dem Richter hinsichtlich der Wahl und Erhebungsform der Beweise auferlegt, während er die Rechtsvermuthungen als Hemmnisse der Feststellung nicht betrachtet. II. Die praktische Bedeutung der richterlichen Mitwirkungspflicht bezeichnet Sch. dahin, die richterliche Mitwirkung sei die zweite bewegende Kraft des Verfahrens (neben der Verhandlungsmaxime). III. Bezüglich des Inhaltes der richterlichen Mitwirkungspflicht wird verwiesen auf die §§ 130, 132—135, 437 C.P.O., wobei insbesondere das richterliche Fragerecht und die Befugniß zur Anordnung einer Beweisaufnahme von Amtswegen eingehende Betrachtung erfahren, und ihre Tragweite dahin bestimmt wird, sie seien nicht bloß zu dem Zwecke gewährt, um klar zu stellen, was die Parteien wollen, sondern um zu ermitteln, was der Richter überhaupt für dienlich erachtet, welcher allerdings eine Schranke finde in dem Rechte der Partei, zu schweigen. Im IV. Abschnitt endlich betrachtet Sch. die richterliche Mitwirkung als Mittel zur Unterdrückung des Parteieides über dessen zu häufigen Gebrauch er Klage führt. Doch schlägt Verf. nicht eine Gesetzesänderung vor, sondern meint, die Richter sollten und könnten mit dem gegenwärtigen Gesetz die Prozesse so erledigen, daß Parteieide, welche er (S. 85) als ein „seltsames Ueberbleibsel finsterer Zeiten" und als einen „todten Mechanismus" bezeichnet, vermieden werden; etwaige Lücken könne der richterliche Eid ausfüllen. Sch. spricht zum

Schlusse die Befürchtung aus, er möchte in mancher Beziehung zu weit gegangen sein, und entschuldigt dies als einen natürlichen Rückstoß gegen die herrschende Richtung. Kleinfeller.

48.

Schriften über preußisches Wasserrecht.

Unter den dem Immobiliarsachenrecht angehörigen Materien ist es vor Allem das Wasserrecht, welches aus sachlichen Gründen einer einheitlichen Regelung bedarf. Für die großen Stromläufe sind auch bereits durch Staatsverträge gewisse öffentlich rechtliche Verhältnisse einheitlich geordnet. Aber das Bedürfniß einer einheitlichen Regelung ist damit nicht erschöpft.

Der Schutz gegen Ueberschwemmungsgefahren wird für die unteren Flußgebiete in Zukunft weniger dort, wo die Ueberschwemmung droht, als dort, von wo die plötzlich hereinbrechenden Wassermassen kommen, gesucht werden. Der Schutz gegen Ueberschwemmungen der Niederelbe ist in erster Linie in Thüringen und Böhmen, gegen Ueberschwemmungen der Oder in Schlesien und in Polen, gegen Ueberschwemmungen der Weichsel in Rußland bis in die Karpathen hinein zu suchen — also zum Theil selbst außerhalb Deutschlands.

Ebensowenig hat die Staatsgrenze Bedeutung für die Wasserbenutzung und den Wasserstau. Daß der Ober- und Untermüller durch eine Staatsgrenze getrennt sind, ändert nichts an der thatsächlichen und ganz unvermeidlichen Beeinflussung des Einen durch den Andern. Das Wasser, das oberhalb der Staatsgrenze im Uebermaß für Wiesenwässerung benutzt wird, bleibt dem Nachbar auch jenseits der Staatsgrenze entzogen. Ebenso werden die Interessenten jenseits der Staatsgrenze geschädigt durch die Abwässer, die oberhalb der Staatsgrenze einem Fluß oder Bach zugeführt werden. Das Alles ist ja selbstverständlich.

So sind es also unmittelbar praktische Interessen, welche auf eine einheitliche Regelung des Wasserrechts hindrängen; im Gegensatz zu dem Rechte des eigentlichen Grund und Bodens, bei welchem — von dem rein nationalen Interesse abgesehen — ein einheitliches Recht eigentlich nur den Vortheil einer ökonomischeren Verwerthung der in der Rechtswissenschaft und Rechtssprechung thätigen geistigen Kräfte darbietet. Mit anderen Worten: Das einheitliche Bodenrecht ist in erster Linie ein Interesse der Juristen, das einheitliche Wasserrecht dagegen ist von eminent praktischer Bedeutung für die Interessentenkreise selbst.

Diese naheliegenden Betrachtungen lassen keinen Zweifel darüber, daß die Ausscheidung des Wasserrechts aus dem Gebiete des bürgerlichen Gesetzbuches jedenfalls nicht mit dem Grunde gerechtfertigt werden kann, der in erster Linie in den Motiven dafür (Bd. 3 S. 5) angeführt ist: „Eine mehr als lokale Bedeutung hat die Art und Weise dieser Regelung nicht." In diesem Sinn hat nur „lokale Bedeutung" das gesammte Immobiliarsachenrecht mit einziger Ausnahme gerade des Wasserrechts. Ursprünglich war denn auch die Aufnahme des Wasserrechts in das bürgerliche Gesetzbuch beabsichtigt. Nach dem Gutachten der Vorkommission und dem Bericht

des Justizausschusses des Bundesraths sollten wenigstens die privatrechtlichen Grundprinzipien des Wasserrechts einheitlich geregelt werden. Demgemäß sind denn auch für das Wasserrecht eingehende Vorarbeiten gemacht worden.[1]) Wenn schließlich die Kommission auf die Aufnahme des Wasserrechts verzichtet hat, so ist der andere in den Motiven angegebene Grund („Auch bildet der meist polizeiliche Inhalt der einschlägigen Vorschriften ein weiteres Hinderniß der Kodifikation") sicherlich der durchschlagende gewesen. Und zwar in dem Sinne, daß das Wasserrecht in erster Linie nicht von privatrechtlichen, sondern von öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten beherrscht wird, und daß eine nur fragmentarische Regelung dieser Materie ähnlich wie im Code civil und im sächs. bürgl. Gesetzbuch neue Schwierigkeiten und vermehrte Kontroversen geschaffen hätte.

Die Materie bedarf allerdings einer einheitlichen Regelung; aber nicht im bürgerl. Gesetzbuch, sondern durch ein Spezialgesetz, welches — ähnlich der Reichsgewerbeordnung — durch ergänzende, sowie den Behördenorganisationen der einzelnen Bundesstaaten angepaßte Ausführungsverordnungen zu vervollständigen sein wird. Auch wird die erfolgreiche Lösung dieser Aufgabe nur von einer vorwiegend aus Verwaltungsbeamten der verschiedenen Bundesstaaten gebildeten Kommission erwartet werden können.

Daß die Aufgabe außergewöhnliche Schwierigkeiten darbietet, bedarf keiner besonderen Hervorhebung. Aber der eine deutsche Staat, der außer Preußen die Bürde trägt, daß das Staatsgebiet die drei großen Rechtsgebiete des gemeinen, preußischen (landrechtlichen) und französischen Rechts umfaßt, Bayern, hat bereits seit 1852 eine einheitliche Wassergesetzgebung. Sehr viel schwerer, als sie für Bayern war, kann die Lösung der Aufgabe für Preußen und auch für das deutsche Reich nicht sein — wenigstens nicht, insoweit der Gedanke einer unifizirenden Kodifikation festgehalten wird, auf deren Grundlage dann die zukünftigen Geschlechter weiter bauen und weiter versuchen mögen, wie dieses wohl schwierigste Problem der Kulturgesetzgebung besser zu lösen sein möchte, als es der bisherigen Rechtsentwickelung gelungen ist.

Die Hauptarbeit hat hier — mehr noch als auf anderen Gebieten — das deutsche Recht gethan. Die römische Jurisprudenz ist im Wesentlichen nicht hinausgekommen über die geradezu kulturfeindliche aquae pluviae arcendae actio, d. h. das Recht auf Erhaltung der natürlichen — nicht künstlich verbesserten — Vorfluth und den engen und hier gar nicht passenden Begriff der Servituten (servitutes praediorum rusticorum), also ein ländliches Wasserrecht, wie es kaum für die Verhältnisse und Bedürfnisse der italischen Latifundienwirthschaft ausreichen konnte.[2])

[1]) Neubauer, Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Wasserrechts einschließlich des Mühlen-, Flößerei- und Flößrechts, Berlin 1881.

[2]) Hervorgehoben mag hier noch werden, daß die römische Rechtsentwickelung auch des Gegensatzes zwischen Eigenthum und einem auf dem Grundeigenthum beruhenden ausschließenden Okkupationsrecht oder richtiger noch: der nur für den Grundeigenthümer thatsächlich bestehenden Möglichkeit berechtigter Okku-

Verhältnißmäßig früh hat die preußische Gesetzgebung sich mit dem Gegenstande beschäftigt, — jederzeit unter dem Gesichtspunkte der Kulturgesetzgebung, so daß öffentliches und Privatrecht nicht geschieden sind. Die älteren Edikte entsprechen dem damaligen Kulturzustand, der das Wasser überwiegend noch als eine Last empfand. Auf diesem Standpunkt steht noch das Landrecht. Inzwischen hatte aber der Erwerb von Schlesien wie auch auf anderen Gebieten der Gesetzgebung neue Anregungen gegeben. Mit der Mühlenordnung für die Provinz Schlesien von 1777 beginnt die Gesetzgebung über die Triebwerke.

Seit 1860 hat die preußische Gesetzgebung auf diesem Gebiet nur zwei allgemeine Gesetze, das Gesetz betr. die Bildung von Wassergenossenschaften vom 1. April 1879 und das Gesetz betr. die Befugnisse der Strombauverwaltung vom 20. August 1883 zu Stande gebracht — gegenüber der großen Aufgabe und dem Vorgang Bayerns ein etwas dürftiges Resultat.

Zu einem einheitlichen Wassergesetz für das ganze Staatsgebiet waren im Landwirthschafts-Ministerium Vorarbeiten unternommen worden, aber sie kamen nicht zum Abschluß. Dem im Landwirthschafts-Ministerium ausgearbeiteten Entwurf eines allgemeinen Wassergesetzes für die ganze Monarchie wurde — anscheinend im Justiz-Ministerium — des Gedankens Blässe angekränkelt, daß ein solches einheitliches Gesetz zur Zeit und bis zur Herstellung eines einheitlichen bürgerlichen Rechts nicht möglich sei. Als ob nicht Schwierigkeiten dafür da sind, daß man sie überwindet und als ob den mächtigen geistigen Mitteln Preußens unmöglich sein könnte, was Bayern durchzuführen vermocht hat!

Einstweilen und vielleicht noch auf viele Jahre hinaus verbleibt es also bei dem jetzigen Zustande der territorialen Zersplitterung der Wassergesetzgebung. Der Praxis bleibt nach wie vor vorbehalten, die Mängel des bestehenden Zustandes weniger fühlbar zu machen.

Diese allgemeinen Betrachtungen vorausgeschickt, wenden wir uns zur Besprechung der einzelnen uns vorliegenden Werke.

I. **Arnold Nieberding's** Wasserrecht und Wasserpolizei im preußischen Staate systematisch dargestellt. In zweiter Auflage nach Maßgabe der in den Jahren 1866—1887 erfolgten territorialen Vergrößerung und veränderten Gesetzgebung umgeändert und ergänzt von F. Frank, Regierungsrath. Breslau 1889. Verlag von Wilh. Gottl. Korn (VIII, 471 S.).

In der Literatur des preußischen Rechts war das bekannte Werk von

---

pation nicht sich bewußt geworden ist. Nur das bereits okkupirte Wasser steht im Eigenthum, nicht das noch der freien Natur angehörige, welches — das Quell- und Grundwasser ebensowohl als die atmosphärischen Niederschläge — nur Gegenstand eines auf dem Bodeneigenthum beruhenden ausschließenden Okkupationsrechts ist. Das Reskript aus der ersten Regierungsperiode Mark Aurel's („Antoninus et Verus“, 161—169) in fr. 17 de serv. praed. rust., wonach das Wasser eines öffentlichen Flusses zur Bewässerung unter die Anlieger vertheilt werden soll, beruht auf einem dem nationalrömischen Recht völlig fremden Rechtsgedanken.

Nieberding über Wasserrecht eine rara avis; und das Verdienst des trefflichen Werkes wird nicht kleiner dadurch, daß der Verf. damals noch Regierungs-Assessor, also noch ein junger Mann war. Auf zahlreiche Auflagen konnte ein solches Werk nicht rechnen. Aber wenn dasselbe jetzt, nach mehr als zwanzig Jahren, in einer neuen Bearbeitung erscheint, so ist dies ein ganz ungewöhnlicher Erfolg.

Jetzt, so lange nach dem Erscheinen, durch eine verspätete Rezension des Nieberding'schen Werkes zu dessen wohlverdientem und niemals bestrittenen Ruhme noch etwas beitragen zu wollen, liegt selbstverständlich nicht in der Absicht des Referenten. Es kann sich nur darum handeln, das Verhältniß der Neubearbeitung zu dem ursprünglichen Werke hier kurz anzudeuten.

Zwischen dem Verf. des ursprünglichen Werkes und dem Neubearbeiter bestand eine Meinungsverschiedenheit insofern, als ersterer anfänglich die neuen Provinzen nicht mit aufgenommen wissen wollte. Der Neubearbeiter hat dieselben, wie er in der Vorrede hervorhebt, auf eigene Verantwortlichkeit aufgenommen. Unseres Erachtens mit vollem Recht. Das ursprüngliche Werk umfaßte bereits die drei großen Rechtsgebiete des gemeinen, preußischen und französischen Rechts. Es konnte sich also nur um die Berücksichtigung noch anderer, nur in den Details abweichender Partikulargesetzgebungen handeln. Allerdings konnte die literarische Erscheinung als solche durch die Mitberücksichtigung so vieler Partikularrechte nicht gewinnen. Aber wie der Verf. selbst seinerzeit das Wasserrecht des ganzen damaligen Staatsgebietes dargestellt und in Folge dessen selbst das französische Recht mit aufgenommen hatte, ebenso war gewiß der Neubearbeiter veranlaßt, sich die gleiche Aufgabe für das jetzt erweiterte Staatsgebiet zu stellen. Demgemäß hat in dem historischen Theil — ein Glanzpunkt des Nieberding-Frank'schen Buches — der Entwicklungsgang auch der Gesetzgebungen der 1866 erworbenen Gebietstheile Aufnahme gefunden. Daran schließt sich dann die Geschichte der allgemeinen Gesetzgebung seit 1866 an, und in § 11 (früher § 9) wird das Schlußergebniß für das jetzt so viel größere Staatsgebiet gezogen. In § 20 (Kompetenz der Behörden) ist jetzt auch die allerdings nur vorübergehende, gegebenenfalls aber um so eingreifendere Zuständigkeit der Auseinandersetzungsbehörden in Berücksichtigung gezogen.

Mit § 27 (früher § 25) beginnen diejenigen Paragraphen, welche in die Details der bestehenden Gesetzgebung eintreten.

Im Großen und Ganzen ist die Neubearbeitung zu bezeichnen als eine neue, die neuen Gebietstheile mit umfassende Auflage des Nieberding-schen Werkes, welche den ursprünglichen Text möglichst unverändert beibehalten hat. Einerseits sind die durch den Hinzutritt der neuen Gebietstheile veranlaßten Zusätze (meist in Zusätzen innerhalb der betreffenden Paragraphen, jenachdem durch Hinzufügung auch neuer Paragraphen) aufgenommen. Andererseits sind die in Folge der veränderten Behördenorganisation, beim Wasserstau auch die durch die Reichsgewerbeordnung und ihre Anhänge gebotenen Abänderungen des Textes vorgenommen — Alles möglichst im Geiste des ursprünglichen Werks. Im Abschnitte „Entwässerungsgenossenschaften“ sind an Stelle des früheren § 37, durch das Gesetz vom 1. April

1879 veranlaßt, vier neue Paragraphen (40—44) eingeschaltet, auf welche dann auch bei den Bewässerungsgenossenschaften (an Stelle des früheren § 52) verwiesen ist. Auf die Siegener Wiesenordnung ist (S. 300, 301) etwas näher eingegangen als die erste Bearbeitung gethan hatte.

Hinzugefügt ist ein Schlußabschnitt „Beschaffung von Geldmitteln zu Wasserbauten". —

Die Zitate beschränken sich — wie im ursprünglichen Werk — der Hauptsache nach auf die Belegstellen aus den Gesetzen und der Judikatur. Dafür, daß die einschlägige Literatur nur sparsam und mit sorgfältiger Auswahl zitirt ist, so daß man in der Lektüre nicht immerfort durch Verweisungen auf die allgemein zugänglichen literarischen Hülfsmittel unterbrochen wird, kann der Leser, wie seinerzeit dem Verf., so jetzt dem Neubearbeiter des Werkes nur dankbar sein.

Zu bedauern ist der Mangel eines Registers, wie solches dem ursprünglichen Werk, die Benutzung erleichternd, beigefügt war.

II. Als Ergänzungsband zu vorstehendem Werk dient:

Gesetze, betreffend Wasserrecht und Wasserpolizei im preußischen Staate. Textausgabe mit Anmerkungen sowie mit zugehörigen Entscheidungen der Gerichts- und Verwaltungsbehörden. Zusammengestellt von F. Frank, Regierungsrath. Zugleich Ergänzungsband ꝛc. (zu I). Breslau 1888. Verlag von Wilh. Gottl. Korn.

Das Referat hat sich hier — wenn es nicht die Inhaltsübersicht ausschreiben will — auf die Bemerkung zu beschränken, daß der Abdruck der Gesetze in wohlgegliederter und bequem übersichtlicher Anordnung erfolgt ist, und daß gelegentlich kurze Anmerkungen und Verweisungen dem Leser das Studium des betr. Gesetzes erleichtern. Den besten Kommentar zu den Gesetzen liefert das systematische Werk selbst.

Als zweiter Abschnitt (im Inhaltsverzeichniß nicht erwähnt) sind angeschlossen:

1. eine Zusammenstellung von Entscheidungen der Gerichts- und Verwaltungsbehörden zu den einschlägigen Landrechtsparagraphen sowie zu dem Vorfluthedikt von 1811 und dem Gesetz über die Privatflüsse von 1843 — also eine Art Spezial-Rönne,

2. Anmerkungen zu den anderen abgedruckten Gesetzen, die eine Art Nachtrag zu denselben bilden.

Den Schluß bildet ein chronologisches Verzeichniß a) der ganz oder theilweise abgedruckten, b) der nur in Bezug genommenen Gesetze ꝛc., c) (zu Abschnitt II) der Entscheidungen der Gerichts- und Verwaltungsbehörden.

III. Aufsätze aus dem Wasserrecht. Von Dr. Baumert, Rechtsanwalt und Notar in Nauen. Erstes Heft betreffend das Mühlenrecht enthält die Aufsätze: I. Errichtung von Triebwerken. II. Veränderung von Triebwerken. III. Der Merkpfahl. Sonder-Abdruck aus „Glaser's Annalen für Gewerbe und Bauwesen" (Bd. XXIII 2. Semester 1888). Berlin 1888. Verlag von Dietig und Siemens.

IV. Das Strombauverwaltungsgesetz. Gesetz betreffend die Befugnisse der Strombauverwaltung gegenüber den Uferbesitzern an öffentlichen Flüssen. Vom 20. August 1883. Erläutert von H. Mahraun, Regierungs-Rath in Danzig. Mit einer Karte. Berlin, 1887. Carl Heymann's Verlag.

Besprechung von III. und IV. vorbehalten. Reuling.

49.

Lehrbuch des deutschen literarischen, künstlerischen und gewerblichen Urheberrechts. Von Dr. Daube. Verlag von F. Enke in Stuttgart. 1888. (M. 6,60.)

Das vorliegende Werk erfüllt ein dringendes Bedürfniß für die Studirenden, ist aber auch für den Praktiker nicht ohne Nutzen. In klarer systematischer Darstellung enthält es die Lehre vom Urheberrechte an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken (Ges. vom 11. Juni 1870), vom Urheberrecht an Werken der bildenden Künste (Ges. vom 9. Januar 1876), an Photographien (Ges. vom 10. Januar 1876), an Mustern und Modellen (Ges. vom 11. Januar 1876), das Patentrecht (Ges. vom 25. Mai 1877) und das Recht des Markenschutzes (Ges. vom 30. November 1874).

Bei wichtigeren Fragen ist die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und Reichsgerichts mitgetheilt, und besonders nützlich sind die Zusammenstellungen der einschlagenden internationalen Verträge S. 216 ff. 301.

Dr. Dreyer.

50.

Handbuch des preußischen Eisenbahnrechts. 4. und 5. Lieferung. Von Dr. jur. Eger. Breslau. J. U. Kern's Verlag. (I. Bd. cpl. M. 12,—.)

Die vierte Lieferung enthält zunächst die Fortsetzung der Lehre vom freiwilligen Grunderwerb für den Eisenbahnbau und geht sodann mit § 22 S. 321 auf die Enteignung über. Die Darstellung ist wissenschaftlich und klar. Die Literatur und Rechtsprechung sind vollständig und sorgfältig angegeben. Zu § 24 S. 411 Anm. 125 möchten wir auf ein Urtheil des Reichsgerichts vom 27. Nov. 1888 aufmerksam machen, welches die Frage betrifft, von welchem Tage an die Zinsen beansprucht werden können, wenn nach einer theilweisen Enteignung später die Eisenbahngesellschaft zur Uebernahme des Ganzen verurtheilt wird.

Im 5. Heft beginnt mit dem 6. Abschnitte die Lehre vom Eisenbahnbau. Sehr lehrreich sind die Ausführungen über die Bausysteme (S. 429 ff.) (Regiebau und Generalentreprise). Die Bauverträge werden (§ 31) eingetheilt in: Arbeits-, Lieferungs- und Werkverdingungsverträge. In wirthschaftlicher und juristischer Hinsicht ist der vom Submissionsverfahren handelnde § 32 hervorzuheben. In solcher Vollständigkeit und Gründlichkeit ist die Submission noch in keinem Werke behandelt. Dr. Dreyer.

51.

Die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 mit besonderer Berücksichtigung des preußischen Rechts. Systematisch dargestellt von Dr. jur. Paul Jäckel, Oberlandesgerichtsrath. Zweite neu bearbeitete Auflage. Berlin, 1889. Verlag von Franz Vahlen. (M. 4,50.)

Die im Jahre 1881 erschienene erste Auflage dieses Buches ist (vom Reichsgerichtsrath Meischeider) in den Beiträgen Bd. 26 S. 466 näher angezeigt. In derselben wird, trotz einzelner Ausstellungen, betont, daß der Verf. sich als denkender Praktiker zeige, und daß seine Arbeit einen werthvollen Beitrag zur Lösung der Aufgabe wissenschaftlicher Beherrschung der in dem Reichsgesetze enthaltenen neuen Rechtsnormen darbiete. Das Vorwort zu der zweiten Auflage weist mit Recht darauf hin, daß im Jahre 1881 das Anfechtungsrecht unter dem Einflusse der Rechtsprechung des früheren preußischen Ober-Tribunals stand, und daß Theorie und Praxis kaum angefangen hatten, die Grundsätze des neuen Rechts selbständig zu entwickeln. Das ist allerdings anders geworden. Die Praxis des Reichsgerichts hat für eine große Zahl von Kontroversen festen Boden geschaffen, und die Doktrin in einer Reihe von Kommentaren und systematischen Arbeiten das Verständniß des Anfechtungsrechts wesentlich gefördert. Für denjenigen, welcher die Arbeiten des Verf. kennt, bedarf es nicht der Versicherung, daß das seit dem Erscheinen der ersten Auflage angesammelte Material sorgfältig berücksichtigt ist. Die Anordnung des Stoffes in zwölf Paragraphen (mitgetheilt in der Anzeige Bd. 26 S. 466) hat der Verf. zwar beibehalten, es sind aber mehrfache Partieen umgearbeitet. An den geeigneten Stellen wird auf die Bestimmungen des Entwurfs zum bürgerlichen Gesetzbuch verwiesen. Daß das Buch durch die Umarbeitung sowohl an wissenschaftlichem Werth, als an Brauchbarkeit für die Praxis gewonnen hat, wird Keinem bei der Durchsicht zweifelhaft erscheinen. Besonders angenehm hat uns berührt, daß der Verf. Ansichten, von deren Unhaltbarkeit er sich überzeugt, rückhaltlos aufgiebt. Als Beispiel führen wir die Beurtheilung der Gegenansprüche des Anfechtungsbeklagten im § 11 am Ende an. Während der Verf. in der ersten Auflage, übereinstimmend mit der Ansicht, welche bei der Kommissionsberathung geltend gemacht wurde, den Beklagten auf Grund des § 8 d. G. mit seiner wieder auflebenden Forderung nur an das „übrige Vermögen" des Schuldners verweisen wollte, und ihm jeden Zugriff auf das Zurückzugewährende behufs Befriedigung derjenigen Forderung, zu deren Tilgung dasselbe gegeben war, versagte, hat er diesen Standpunkt in Folge des Urtheils des Reichsgerichts vom 10. März (nicht 7. April, wie S. 209 Note 68 gesagt ist, vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 20 S. 157) 1888 verlassen. Er nimmt jetzt an, daß die Rechte, welche dem Anfechtungsbeklagten vor dem Abschluß des fraudulosen Rechtsgeschäfts an dem Gegenstand der Anfechtung zustanden, zu Gunsten des Anfechtungsgläubigers nicht erlöschen oder diesem gegenüber unwirksam werden. Wir zweifeln nicht an dem günstigen Erfolge des Buches.

Rassow.



52.

Das Rheinische Grundbuchrecht. Gesetz vom 12. April 1888 über das Grundbuchwesen und die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Geltungsbereiche des rheinischen Rechts. Mit einer Einleitung und Anmerkungen und den dazu erlassenen Ausführungsbestimmungen. Herausgegeben von Oskar Mügel, Gerichtsassessor (jetzt Amtsrichter in Halle a/S.). Berlin 1889. Verlag von Franz Vahlen. (M. 5,—.)

Die Einführung der altpreußischen Grundbuchgesetze in den Geltungsbereich des rheinischen Rechts hat für letzteres große Umwälzungen zur Folge gehabt, und sowohl der Rechtswissenschaft als der Praxis sehr schwierige Aufgaben gestellt. Denn zur Anwendung des neuen Rechts ist zunächst ein genaues Verständniß desselben nothwendig. Wer zu übersehen vermag, in welchem Umfange die Doktrin und die Judikatur des früheren preußischen Ober-Tribunals und des Reichsgerichts daran gearbeitet haben, die Gesetze vom 5. Mai 1872 und die Zwangsvollstreckungsordnung vom 13. Juli 1883 auszulegen, sie mit den allgemeinen Rechtsnormen in Verbindung zu setzen und ihre richtige Anwendung zu sichern, der wird die Schwierigkeiten, welche das Gesetz vom 12. April 1888 für die rheinische Jurisprudenz geschaffen hat, nicht unterschätzen. Es kommt hinzu, daß letzteres Gesetz in seinem zweiten Abschnitt (§§ 4—41) recht erhebliche Modifikationen des eingeführten Rechts enthält. Denn es ist nicht die Absicht gewesen, das rheinische Recht in weiterem Umfange, als die Durchführung der Grundbuchgesetze erfordert, zu ändern. § 2 bestimmt dem entsprechend, daß die in den eingeführten Gesetzen in Bezug genommenen Vorschriften außer Anwendung bleiben, soweit sie nicht schon im Gebiete des rheinischen Rechts gelten. Man ist aber noch weiter gegangen und hat den Wünschen der Rheinprovinz nachgebend, Aenderungen der eingeführten Gesetze, welche mit dem rheinischen Recht ganz außer Verbindung stehen, eintreten lassen, so z. B. im § 5 die Bestimmung, daß die Auflassung auch vor einem Notar oder einem andern, als dem zuständigen Amtsgericht erfolgen dürfe. Mit Recht sagt deshalb der Verf. in der Einleitung, daß es sich für den rheinischen Juristenstand nicht um eine einfache Uebernahme des im bisherigen Anwendungsgebiete der Grundbuchgesetze seit der Geltung derselben angesammelten Rechtsstoffs handle, sondern daß demselben die Aufgabe erwachse, sich sein Grundbuchrecht vom Standpunkt des rheinischen Rechts aus gewissermaßen neu aufzubauen. Daß die zur Anwendung des Gesetzes berufenen Beamten sich hierbei stets der Pflicht bewußt sein müssen, das Gesetz in erster Linie so zu verstehen und zu handhaben, wie es vom Gesetzgeber gewollt ist, und daß sie an sich klare Bestimmungen desselben auf Grund des provinziellen Rechts nicht in einem anderen, die beabsichtigte Uniformirung des Rechts hindernden Sinne auslegen dürfen, verkennt der Verf. gewiß nicht.

Das Bedürfniß zu der im vorliegenden Werke enthaltenen Bearbeitung des Gesetzes vom 12. April 1888 läßt sich hiernach nicht bestreiten. Der Verf. giebt zunächst an der Hand der Landtagsverhandlungen und der Motive eine kurze Uebersicht der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Sodann folgt (S. 5—87) eine zusammenfassende Darstellung der Grundsätze der einge-

führten Gesetze. Es braucht nicht gerechtfertigt zu werden, daß diese Darstellung im Wesentlichen eine kurze Wiedergabe des durch die Gesetze vom 5. Mai 1872 für die älteren Provinzen geschaffenen Rechtszustandes enthält. Der Verf. weist jedoch mehrfach auf die Abweichungen des rheinischen Rechts hin und bewahrt sich sein selbständiges Urtheil sowohl gegenüber der Doktrin als der Rechtsprechung des Ober-Tribunals und des Reichsgerichts. Hieran schließt sich (S. 87—262) als erheblichster Theil des Werkes ein Kommentar des Gesetzes vom 12. April 1882, der in genauer Kenntniß des rheinischen Rechts und unter sorfältiger Benutzung der legislativen Verhandlungen abgefaßt ist. Als Anhang (S. 262—331) werden I. eine Zusammenstellung der Vorschriften über das Vertheilungsverfahren außerhalb der Fälle einer Zwangsvollstreckung, und II. die Ausführungsbestimmungen nebst den dazu gehörigen Formularen abgedruckt. Die Berücksichtigung der allg. Verfügung vom 21. November 1888 in dem Kommentar hat nicht mehr erfolgen können, jedoch ist in den Berichtigungen (S. VII) auf dieselbe verwiesen. Ein Sachregister erleichtert den praktischen Gebrauch des Buches.

Rassow.

53.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen. Herausgegeben von Reinhold Johow, Geh. Ober-Justizrath ꝛc. Achter Band. Berlin 1889. Verlag von Franz Vahlen. (Geh. M. 5,—; geb. M. 6,20.)

Der VII. Band dieses Jahrbuchs ist von uns in den Beiträgen Bd. XXXII S. 761 angezeigt. Ueber den von dem Herausgeber verfolgten Plan haben wir mehrfach näher berichtet. Die Zusammenstellung der Entscheidungen ist in unveränderter Weise erfolgt. Nach dem Vorwort sind die Beschlüsse des ersten Senats des Kammergerichts von den Kammergerichtsräthen Barschdorff, Dr. Olshausen und Schultzenstein, diejenigen des Strafsenats vom Kammergerichtsrath Barschdorff bearbeitet. Der vorliegende achte Band enthält Entscheidungen I betr. allgemeine Grundsätze über die Rechtsmittel der Beschwerde und der weiteren Beschwerde unter Nr. 1 bis 5, II betr. das Handels- und Genossenschaftsregister unter Nr. 6 bis 9, III betr. Erbbescheinigungen und Nachlaßsachen unter Nr. 10 bis 12, IV betr. Vormundschaftssachen und sonstige familienrechtliche Angelegenheiten unter Nr. 13 bis 24, V betr. Grundbuchsachen unter Nr. 25 bis 44, VI betr. Kosten und Stempel unter Nr. 45 bis 50. Die zweite Abtheilung enthält die Entscheidungen in Strafsachen, und zwar I betr. das Verfahren unter Nr. 51, 52, II betr. gewerbepolizeiliche Vorschriften unter Nr. 53 bis 59, III betr. Steuer- und Stempelgesetze unter Nr. 60 bis 78, IV betr. Gesindepolizei unter Nr. 79, 80, V betr. Gesundheitspolizei unter Nr. 81 bis 87, VI betr. Straßenpolizei, Chausseegeld unter Nr. 88 bis 95, VII betr. Jagdpolizei unter Nr. 96, 97, VIII betr. Vereine und gemeingefährliche Bestrebungen der Sozialdemokratie unter Nr. 98, 99, IX betr. Heilighaltung der Sonntage und Schulbesuch unter Nr. 100 bis 108, X betr. sonstige landesrechtliche Vorschriften unter Nr. 109 bis 114.

— Als Anhang sind beigefügt 1. zwei Fragen betr. die nicht streitige Rechtspflege in Lehns- und Fideikommißsachen von Schultzenstein (Ist die Schließung eines Allodifikationsvertrages nur einem unbeerbten oder auch einem beerbten Lehnsbesitzer gestattet? Ist in dem Falle, wo der Stifter eines Fideikommisses durch eine nach dem Inkrafttreten des Ges. vom 15. Februar 1840 errichtete Stiftungsurkunde die Verschuldung des Fideikommisses verboten hat, dennoch eine Verschuldung durch Familienschluß zulässig?). 2. Eine mit R. J. unterzeichnete kurze Abhandlung betrifft das Verfahren bei Festsetzung von Ordnungsstrafen wegen ungebührlichen Verhaltens vor Gericht (G.V.G. §§ 177 ff.). 3. Endlich folgen zwei literarische Anzeigen von R. J. betr. die Grundbuchordnung von Turnau und die Grundbuchgesetze von Mathis. — Gesetzes- und Sachregister erleichtern den Gebrauch des Jahrbuchs. — Rassow.

54.

Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich, herausgegeben von Prof. Dr. J. von Schey. 13. Auflage. Wien 1889. Manz'sche Hof- und Verlags-Buchhandlung.

Das Werk bildet den zweiten Band der Taschenausgabe der österreichischen Gesetze; es enthält nicht nur das bürgerliche Gesetzbuch, sondern auch alle dasselbe ergänzenden und erläuternden Gesetze und Verordnungen und eine Uebersicht über die civilrechtliche Spruchpraxis des k. k. obersten Gerichtshofes.

Durch hervorragende systematische Bearbeitungen ist das österreichische Privatrecht den deutschen Juristen näher gebracht worden, und muß daher diese Bearbeitung des bürgerlichen Gesetzbuches und der dazu gehörenden Gesetze sehr erwünscht erscheinen. Von letzteren verdienen die Ehegesetzgebung, die Gesetze zum Schutze des literarischen und artistischen Eigenthums und die darauf bezüglichen Staatsverträge besondere Beachtung. Auch die Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes verdient in manchen Fragen auch in Hinsicht auf deutsche Verhältnisse berücksichtigt zu werden. Beispielsweise sei auf die Anmerkung 3 zum § 531 verwiesen, wo eine größere Anzahl von Urtheilen zusammengestellt ist, welche aussprechen, daß die vom Erblasser für sein Leben (sei es auch zu Gunsten des Erben) versicherte Summe keinen Theil des Nachlasses bilde.

Die Ausstattung des Buches ist vorzüglich zu nennen. Dr. Dreyer.

55.

Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Von Dr. Hugo Meyer, ordentl. Prof. der Rechte in Tübingen. Vierte umgearbeitete Auflage. Erlangen 1888. Verlag von Andreas Deichert. (M. 16,—.)

Wir haben die zweite Auflage des Meyerschen Strafrechts in den Beiträgen Bd. 22 S. 457, die dritte Bd. 26 S. 477 und Bd. 27 S. 176 näher angezeigt und dabei auf die besonderen Vorzüge desselben, namentlich die Klarheit der Darstellung hingewiesen. Die von uns ausgesprochene

Ueberzeugung, daß das Werk in dem juristischen Publikum, insbesondere bei den Studirenden eine günstige Aufnahme finden werde, hat sich vollauf bestätigt. Die jetzt vorliegende vierte Auflage ist in zwei Hälften, und zwar nach längerer Pause, als es die Absicht des Verf. war, 1886 und 1888 erschienen. Der Grund davon liegt in der gegen die früheren Auflagen erheblich umfangreicheren Gestaltung des besonderen Theiles. Der Verf. bezeichnet die neue Auflage mit Recht als eine umgearbeitete. Der allgemeine Theil gliedert sich jetzt in die beiden Hauptabtheilungen: 1. Voraussetzungen der Strafbarkeit (Delikt, Wille, That, Versuch, Theilnahme, Strafausschließungsgründe und sonstige Voraussetzungen, Antrag, Verjährung), 2. Art der Bestrafung (Hauptstrafen, Nebenstrafen, Strafmaß als solches und beim Zusammentreffen von Delikten). Der besondere Theil enthält 1. Delikte gegen persönliche Rechtsgüter (Tödtung, Verletzung oder Gefährdung der Person, Delikte gegen die Freiheit, Ehre, das Vermögen und sonstige Rechtsgüter), 2. Delikte gegen allgemeine Rechtsgüter (gegen den Staat, dessen Organe, einzelne Zweige.

Wir können unser früheres Urtheil über dieses Lehrbuch nur mit dem Bemerken bestätigen, daß die Brauchbarkeit desselben durch die Umarbeitung und Erweiterung des besonderen Theiles noch gewonnen hat. Rassow.

56.

Das Versammlungs- und Vereinsrecht Deutschlands. Systematisch zusammengestellt von dem Bürgermeister Dr. H. A. Mascher. Berlin, J. J. Heine's Verlag 1888. (M. 1,80.)

In Gemäßheit des Art. 16 der Verfassung des deutschen Reichs, welcher das freie Vereins- und Versammlungswesen der Beaufsichtigung und Gesetzgebung des Reichs unterwirft, sind zwar eine Reihe von Reichsgesetzen und zerstreuten gesetzlichen Vorschriften ergangen, aber eine einheitliche Regelung der betreffenden Materie besteht noch nicht, und es hat darum der Verf. diejenigen Reichs- und Landesgesetze, Verordnungen, Normativ-Erlasse und Rechtssprüche mit Anmerkungen und Erläuterungen systematisch zusammengestellt, welche das freie Vereins- und Versammlungsrecht in seiner heutigen Gestalt zum Gegenstande haben. Die dankenswerthe Arbeit wird Vielen willkommen sein. v. B.

57.

Die Grundsätze über den Thatbestand der Verbrechen (90 S.). Von dem Rechtsanwalt und Notar L. Cohn in Breslau. Verlag von W. Köbner in Breslau 1889.

Der Verf. behauptet, der Versuch einer Handlung sei undenkbar, und man kann sonach auch nicht den Versuch gemacht haben, einen, wider Erwarten zu schweren, Stein von der Erde aufzuheben. Ebenso soll der Versuch bei denjenigen Delikten ausgeschlossen sein, bei welchen der That-

bestand mit der verbrecherischen That abschneide, sei es daß derselbe eine Wirkung nicht erfordere, sei es, daß er sie in der Weise erfordere, daß sie in der That nothwendig enthalten sei. Einen versuchten Meineid, welcher aus irgend einem Grunde nicht zu Ende geschworen wurde, würde es darum nicht geben. Auch wären die vergeblichen Bemühungen, eine Sache zu zerreißen oder sie von der Wand abzureißen, nicht als ein Versuch zu bezeichnen, wenn die gesetzliche Karakteristik des Delikts das Zerrissen- oder Abgerissenwordensein der Sache unbedingt voraussetzt. Nicht weniger sollen die zusammengesetzten Verbrechen einen Versuch nicht zulassen. Vielmehr soll von einem Versuche nur dann geredet werden dürfen, wenn das Gesetz zur Vollendung der Delikte eine der Handlung nachfolgende Wirkung voraussetze, welche von derselben, wie bei dem Morde, nur möglicherweise herbeigeführt werden könne. Die Versuchshandlung sei mit der Handlung, welche die Konsumation bewirke, identisch, nur daß die beabsichtigte Folge ausbleibe, und es scheint hiernach nur einen vollendeten Versuch geben zu können. Wo ein Versuch nicht anzunehmen sei, da könne es sich, im Falle die Vollendung ausbleibe, nur um ein unvollendetes Delikt oder einen Mangel im Thatbestande des Delikts handeln. Und zwar soll das unvollendete Delikt — also der nicht zu Ende geschworene Meineid — da es den Thatbestand des vollendeten Delikts voll und ganz ausfülle, mit der Strafe der Vollendung, wenn auch mit einer relativ geringeren Strafe — von welcher indessen natürlich bei absoluten Strafen nicht geredet werden könnte — belegt werden. Der Mangel an Thatbestand aber lasse eine Bestrafung nicht aufkommen. Diese Sätze hatte der Verf. schon in seinem Buche über Versuch 1880 ausgesprochen. Ebenso seine nunmehr lediglich wiederholte Auffassung des wirklichen und potentiellen Kausalzusammenhangs. Unter dem potentiellen Kausalzusammenhang kann nur derjenige Kausalzusammenhang verstanden werden, welcher sich in der Abstraktion ergiebt, wenn man, bevor eine Handlung vorgenommen worden ist, fragt, welchen Verlauf sie im Falle ihrer Vornahme haben werde. Hiernach soll sich dann ermessen, ob der wirkliche Kausalverlauf der vorgenommenen Handlung ein ihrem inneren Wesen entsprechender, objektiv regelmäßiger, oder aber ein demselben widersprechender und sonach im ersten Falle ein zu verantwortender, im zweiten aber ein nicht zu verantwortender sei. Allein nicht hierauf kann es ankommen, sondern lediglich darauf, ob der wirkliche Kausalverlauf der ausgeführten Handlung ein der Vorstellung, welche sich gerade der Handelnde von derselben gemacht hatte, entsprechender ist oder nicht, mag er sich im Uebrigen als ein regelmäßiger oder unregelmäßiger darstellen. Darum besitzt jedoch auch der potentielle Kausalzusammenhang im Strafrecht keine Existenzberechtigung. Die von dem Verf. ergangene Herausforderung seiner Gegner zu einem wiederholten Kampfe werden dieselben schwerlich annehmen, denn sie werden der Meinung sein, daß die von ihm unterstellte Lebensfähigkeit seines erwähnten Buches bereits genügend widerlegt sei. v. B.

58.

Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Von Dr. Hans Bennecke, Prof. in Gießen. 1. u. 2. Lieferung. Verlag von J. C. B. Mohr in Freiburg i. B. 1888. (M. 5,—.)

Der Verf. will durch einen gedruckten Leitfaden für seine Vorlesungen den Studirenden das Verständniß des Gesetzes erleichtern. Er soll nicht lediglich ein Grundriß sein, sich jedoch andererseits auch in der Breite seiner Darstellung beschränken. In der Einleitung beschäftigt sich derselbe mit den Begriffen des Strafprozeßrechts, dem Strafprozeßrechtsverhältniß, den Prozeßvoraussetzungen, der Auslegung der Quellen des Strafprozeßrechts und seinen Beziehungen zu dem Landesprozeßrecht, sowie seinem zeitlichen und räumlichen Herrschaftsgebiet. Dann folgt in dem ersten Buche die Lehre von der Strafgerichtsbarkeit und den Trägern derselben, wobei mit besonderer Ausführlichkeit die Gerichtsstände erörtert werden. Der Vortrag ist überall ein übersichtlicher und dem Verständniß der Studirenden angemessener. Man begegnet indessen auch Ausführungen, welche ein weitergreifendes Interesse darbieten. Namentlich muß im Hinblick auf die Theorie des Rechtsguts, welche zu einer Vermischung des privaten Rechts mit dem öffentlichen führt, der Bemerkung S. 7 Note 7 zugestimmt werden, im Falle des § 417 St.P.O. trete kein Wechsel der klagenden Partei selbst, sondern nur ein Wechsel in den den Anspruch für den Staat verfolgenden Personen ein. Zutreffend ist auch die Begründung der Verschiedenheit der Prozeßvoraussetzungen von den Bedingungen der Strafbarkeit. Die Verschiedenheit zwischen den verzichtbaren und nichtverzichtbaren Prozeßvoraussetzungen wird natürlich hervorgehoben, jedoch eine Regel dafür, welche Voraussetzungen der einen oder der anderen Kategorie angehören, nicht gegeben, und es ist auch nicht gesagt worden, ob und unter welchen Umständen eine in der Hauptverhandlung unterlassenen Rüge als Verzicht behandelt werden dürfe. Hierüber sowie überhaupt über das Wesen des strafprozeßgesetzlichen Irrthums im Vergleich mit dem strafgesetzlichen Irrthum erhält man freilich auch anderwärts keine genügende Auskunft. Die Behauptung, daß überall der Gerichtsstand des Thatorts begründet sei, wo auch nur ein Theil des gesetzlich geforderten Thatbestandes sich zugetragen habe, beweist, daß sich diese richtige Ansicht gegenüber derjenigen, welche die Bestimmung des Thatorts von dem unerklärt gelassenen Begriffe der Handlung abhängig macht, mehr und mehr zur Geltung bringt. Mit Recht wird endlich bezüglich der zusammenhängenden Sachen auf die früher übersehene Verschiedenheit hingewiesen, ob bestimmte Prozeßsätze für bestimmte Sachen gegeben seien ohne Rücksicht auf das Gericht, vor welchem sie verhandelt werden, oder ob die Bestimmungen sich bezögen auf das Verfahren vor einem bestimmten Gerichte ohne Rücksicht auf die Sachen, welche das Verfahren betreffe. Für das schwurgerichtliche Verfahren sei die Mitwirkung eines Vertheidigers geboten und darum auch für einen vor dem Schwurgericht verhandelten Schöffenfall.

v. B.

59.

Strafprozeßordnung für das deutsche Reich. Erläutert von Dr. Richard Ed. John, Prof. in Göttingen. Verlag von Palm und Enke in Erlangen 1888.

Das zweite Heft des zweiten Bandes des John'schen Kommentars zur St.P.O. erläutert (S. 419—868) die §§ 176—224 dieses Gesetzes. Auch jetzt wieder wird ein außerordentlich reiches Material in einer Weise verarbeitet, welche nach vielen Richtungen ein besonderes Interesse erwecken muß. Wiederholt werden hierbei im Anschluß an die früher vorgeschlagene Organisation des Strafverfahrens (s. die Besprechung des ersten Heftes des zweiten Bandes in B. 31 S. 475, 476 dieser Zeitschrift) Einwendungen gegen die derselben widersprechenden gesetzlichen Vorschriften vorgebracht. Es würde hier viel zu weit führen, aus den gegebenen Erörterungen auch nur die hauptsächlichsten Sätze hervorzuheben, zumal sich dieselben weniger mit allgemeinen Gesichtspunkten als mit der eingehenden Auslegung der Gesetzesstellen beschäftigen. v. B.

60.

Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich vom 1. Februar 1877 und das Ger.Verf.Ges. vom 27. Januar 1877 mit den Entscheidungen des Reichsgerichts. Herausgegeben von Dr. P. Daube, Geh. Reg.-Rath und Universitätsrichter bei der Kgl. Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin. — Zweite, vermehrte Auflage. — Berlin 1889. Verlag von H. W. Müller. (Geb. M. 3,50.)

Die Daube'schen Ausgaben des St.G.B. und der St.P.O. mit dem Ger.V.G. sind in den Kreisen der Praktiker längst so gut empfohlen, daß die zweite Auflage der St.P.O. nur willkommen sein wird. Sie hat die Vorzüge der ersten: übersichtlicher Nachweis der zu den einzelnen Paragraphen ergangenen reichsgerichtlichen Urtheile unter Hervorhebung der angenommenen prozeßrechtlichen Grundsätze in knapper Form mit Angabe der Stellen, wo sie publizirt sind, und sie ergänzt diesen Nachweis bis zum Ende des Jahres 1888. — Die Aenderungen der §§ 137 und 173 ff. des Ger.V.G. durch die Ges. vom 17. März 1886 und 5. April 1888 sind im Texte berücksichtigt. — Die Ausstattung ist die gleich gute, das Format das gleich bequeme wie früher. — Druckfehler wie S. 43 N. 35 — E. 361 statt E. 3. 161 — erschweren das Auffinden der Quelle. — S. 151 N. 14 ist dasselbe Urtheil E. 13. 30 ohne ersichtlichen Grund doppelt zitirt. Tr.

61.

Kurze Anzeigen.

1. **Die geschäftliche Behandlung der Mahnsachen. Die hierfür maßgebenden Grundsätze der deutschen Civilprozeßordnung und ihre Folgesätze.** Von Dr. Willibald Peters, Amtsgerichtsrath in Schwedt a/O. Berlin 1889. Siemenroth & Worms.

Der Verf. hebt in der Einleitung hervor, daß sich vielleicht in keiner der besonderen Prozeßarten der C.P.O. bei der Beantwortung der einzelnen Fragen der Geschäftsbehandlung eine solche Unsicherheit, und hieraus hervorgehend eine solche Verschiedenheit der Praxis wie im Mahnverfahren zeigt. Er hat deshalb den Versuch gemacht, durch eine Erörterung der für die geschäftliche Behandlung der Mahnsachen maßgebenden Grundsätze der C.P.O. zu einer Feststellung der aus denselben sich ergebenden Folgesätze zu gelangen. Dem entsprechend sind im I. Abschnitt die Grundsätze der C.P.O., im II. die vom Verf. daraus hergeleiteten Folgesätze dargestellt. Zum Schlusse werden die Ergebnisse kurz zusammengefaßt.

2. **Retourbillets und kein Ende!** Erwiderung gegen Professor L. von Bar von Dr. Morris de Jonge, Gerichtsreferendar in Köln. Anhang: Die Unübertragbarkeit des Rechts auf Freigepäck. (Sonderabdruck aus dem im Ministerium der öffentlichen Arbeiten herausgegebenen Archiv für Eisenbahnwesen 1888 Heft 4.) Berlin 1889. Siemenroth & Worms.

Der Verf. hat in seiner Schrift: „die Unübertragbarkeit der Retourbillets" die entgegenstehende Ansicht Ihering's bekämpft. Darauf ist im Gerichtssaal (Bd. 40 Heft 7) eine Abhandlung von Bar's: „Zweifelhafte Betrugsfälle, insbesondere untersagte Benutzung von Eisenbahnretourbillets" erschienen, welche zu dem Resultate gelangt, daß de Jonge gegen die seiner Meinung nach durchaus verfehlte Ansicht Ihering's nichts bewiesen habe. Gegen die v. Bar'schen Ausführungen vertheidigt sich der Verf. und sucht dieselben in dem vorliegenden Aufsatze zu widerlegen.

3. **Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren.** Von Dr. E. von Schrutka-Rechtenstamm, ord. Prof. d. R. an der Universität Wien. Dogmengeschichtlicher Theil. Zweite Hälfte: Seit der Rezeption. Berlin. Carl Heymann's Verlag. 1889.

Das erste Heft ist in dem XXXIII. Bande der Beiträge S. 159 kurz angezeigt. Das zweite Heft enthält die Dogmengeschichte im gemeinen Prozesse, in der österreichischen Gesetzgebung, und (S. 195—205) in der neuen deutschen Reichsgesetzgebung.

4. **Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte.** Herausgegeben von Dr. Otto Gierke, Prof. d. R. an der Universität Heidelberg. XXI. Das Recht des Ueberhangs und Ueberfalls. Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Studie aus dem Gebiete der Nachbarrechte von Arthur Benno Schmidt, Dr. jur. Breslau. 1886. Verlag von Wilhelm Koebner.

Der Schwerpunkt dieser Untersuchungen liegt in der Darstellung des römischen und des deutschen Rechts. Im III. Abschnitt (S. 105—149) werden dann eine lange Reihe deutscher und außerdeutscher Gesetzgebungen besprochen. Von dem preußischen Landrecht wird S. 110—114 unter Hinweis auf den in diesen Beiträgen Bd. 21 S. 80 ff. veröffentlichten Aufsatz von Kayser gehandelt.

5. **Die Quaestiones des Azo.** Zum ersten Male aus den Handschriften herausgegeben, bevorwortet und mit Noten versehen von Dr. Ernst Lands-

berg, a. ö. Prof. d. R. an der Universität Bonn. Freiburg i. B. 1888. Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Der Verf. leitet die vorliegende Schrift mit den Worten Savigny's ein, daß es schon früh in den Schulen der Glossatoren üblich war, Disputationen über aufgestellte Rechtsfälle zu halten. Dafür gebrauchte man die Ausdrücke quaestio, disputatio oder auch quaestio disputata. Mehrere Rechtslehrer machten daraus förmliche Bücher, welche dann wieder bei den Disputationen in der Schule zu Grunde gelegt wurden. Während wir von vielen Gelehrten Sammlungen solcher Quaestiones besitzen, waren die von Azo herrührenden, oder auf ihn zurückgeführten bisher noch nicht im Druck erschienen. Der Verf. hat in der vorliegenden Schrift zunächst diejenigen (zusammen XIX.) Quästionen, welche nachweisbar von Azo herrühren, weil sie sich nach Form und Inhalt deutlich als solche darstellen, veröffentlicht und mit erläuternden Noten versehen.

6. **Ueber das mündliche Summarverfahren.** Bemerkungen und Abänderungsvorschläge zu dem diesbezüglichen in der X. Session des österreichischen Abgeordnetenhauses von der Regierung vorgelegten Gesetzentwurfe. Von Dr. Ignaz Kornfeld, Advokat in Wien. Wien 1888. Manz'sche k. k. Hof- Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

7. **Das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889.** Text-Ausgabe mit Anmerkungen und Sachregister von Ludolf Parisius, Landtags-Abgeordneter. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1889.

Der Verf. giebt in einer längeren Einleitung die Entstehungsgeschichte des Gesetzes sowie eine Darstellung der in demselben enthaltenen wichtigsten Abänderungen des bisherigen Genossenschaftsrechts. Dann folgt der Text des Gesetzes mit kurzen erläuternden Noten. Nach einer Notiz der Verlagshandlung werden die umfangreichen Ausführungsbestimmungen des Bundesraths gleich nach ihrer Veröffentlichung im Format dieses Buches ausgegeben werden. Noch vor dem Inkrafttreten des Gesetzes soll ein ausführlicher Kommentar desselben von Parisius und Dr. Krüger erscheinen.

8. **Reichs-Gewerbeordnung mit den für das Reich erlassenen Ausführungsbestimmungen.** Text-Ausgabe mit Anmerkungen und Sachregister von T. Ph. Berger, Regierungsrath. Neunte Auflage. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1889.

9. **Vom Juristenrecht.** Ein Beitrag von Dr. Alex Franken, Prof. d. R. und Oberlandesgerichtsrath zu Jena. Aus der Festgabe der juristischen Fakultät in Jena zum 50jährigen Doktorjubiläum Rudolf von Gneist's. Jena. Verlag von Gustav Fischer. 1889.

Die kleine Schrift enthält eine Vertheidigung des Gewohnheitsrechts gegenüber den Bestimmungen der §§ 1 und 2 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

10. **Uebersicht der gesammten staats- und rechtswissenschaftlichen Literatur des Jahres 1888.** Zusammengestellt von Otto Mühlbrecht. XXI. Jahr-

gang. Berlin 1889. **Puttkammer & Mühlbrecht, Buchhandlung für Staats- und Rechtswissenschaft.**

Die Bedeutung der sorgfältigen Mühlbrecht'schen Zusammenstellung ist bereits mehrfach in den Beiträgen besprochen. Aus der vorangeschickten Statistik ergiebt sich, daß von den in die Bibliothek aufgenommenen neuen Erscheinungen des Jahres 1888 in der Gesammtzahl von 3872 auf Deutschland 1722, Frankreich 651, England 610, Italien 391, Niederlande 206, Skandinavien 175, Spanien 78 und Rußland 39 fallen, wobei jedoch zu berücksichtigen ist, daß in der deutschen, niederländischen, belgischen und skandinavischen Literatur die Zeitschriften mit enthalten sind, in der Literatur der übrigen Staaten nicht.

Wilhelm Gronau's Buchdruckerei, Berlin W.

Abhandlungen.

19.

Die Folgen der Verweigerung der versprochenen kirchlichen Trauung nach Eingehung der Civilehe im Geltungsbereiche des preußischen Allgemeinen Landrechts.

Von Herrn Professor Dr. jur. Wilhelm von Brünneck in Halle a. S.

Die unter Verlobten getroffene Abrede, daß sich an ihre bevorstehende Eheschließung vor dem Standesbeamten die kirchliche Trauung unmittelbar anschließen solle, ist thatsächlich wohl geeignet, einer bestimmten Willensmeinung Ausdruck zu geben. Es wird damit von ihnen kundgethan, sie seien darin einig, daß keiner vom andern den Eintritt in die eheliche Lebensgemeinschaft mit ihm verlangen wolle, ehe sie nicht kirchlich getraut worden. Unterbleibt nun die Trauung nach Eingehung der Civilehe wider den Willen des einen der beiden Ehegatten, so fragt es sich zunächst, ob dieser Mangel auf die Rechtsbeständigkeit der Ehe von Einfluß ist?

Einige katholische Schriftsteller[1]) wollen die Möglichkeit, daß unter diesen Umständen eine gültige Ehe zu Stande komme, überhaupt bestreiten. Sie erblicken in der Eingehung der Civilehe nichts weiter dann die Schließung eines bürgerlichen Vertrages. Wie jeder Vertrag, dürfe auch dieser bürgerliche Ehevertrag den guten Sitten nicht widerstreiten. Andernfalls sei er nichtig.[2]) Dies treffe hier zu, wo der eine der beiden Ehegatten den Ehekonsens vor dem Standesbeamten erklärt in der Absicht, sein dem andern vorher ge-

[1]) Vering, Lehrb. des Kirchenrechts (2. Aufl.) S. 871, 872. Hirschel im Archiv für kathol. Kirchenrecht Bd. 40 S. 208, 209.

[2]) Vgl. A.L.R. I. 4 §§ 6—9, I. 5 § 39.

gebenes Wort zu brechen und die kirchliche Trauung nicht nachzusuchen.

Die Widerlegung dieser Meinung ist leicht; es bedarf dazu nicht vieler Worte. Die Eingehung der Civilehe ist kein Vertrag. Damit diese perfekt wird, reicht die bloße Konsensabgabe der Nupturienten nicht aus. Es muß der Ausspruch des Standesbeamten hinzukommen, daß er sie kraft des Gesetzes für rechtmäßig verbundene Eheleute erkläre.[3]) Der letzteren ist mit der herrschenden Ansicht keine bloß deklaratorische Bedeutung beizumessen.[4]) Selbst aber einmal angenommen, die Eheschließung erfolge schon mit der bloßen Abgabe des Konsenses vor dem Standesbeamten, so würde daraus allein, daß die Ehe im Wege des Vertrages entstände, noch keineswegs folgen, daß das damit zwischen den Ehegatten hergestellte Verhältniß seinem Wesen und der rechtlichen Wirkung nach ebenfalls ein bloß vertragsmäßiges wäre. Der Umstand, daß der Vertrag, mit welchem die Ehe ihren Anfang nähme, contra bonos mores geschlossen wäre, brauchte darum noch nicht nothwendig diese selbst zu einer nichtigen zu machen. Demgemäß wird denn auch in unserem geltenden bürgerlichen Recht die Frage, ob die Ehe nichtig ist oder nicht, nicht sowohl nach den allgemeinen, für Willenserklärungen und Verträge geltenden Grundsätzen, sondern vielmehr nach den besonderen Vorschriften entschieden, welche sich im formalen Eherecht[5]) hierüber aufgestellt finden. Nur soweit hier ausdrücklich darauf verwiesen wird, kommt daneben auch den Normen über Willenserklärungen eine

---

[3]) R.G. 6. Februar 1875 § 52.

[4]) Die gegentheilige von R. Schröder in der Zeitschrift für die gebildete Welt 2 S. 137 vertheidigte Meinung ist mit der klaren und völlig unzweideutigen Fassung des § 52 R.G. nicht zu vereinigen. Wenn sich dieser Schriftsteller auf die Geschichte der Civilehe beruft, so mögen sich darin wohl sonst Momente vorfinden, die sich für seine Ansicht verwerthen lassen. Was aber speziell die Geschichte des § 52 anbetrifft, so ist derselbe zweifellos dem § 7 Ges. v. 4. Mai 1870 (B.G.Bl. des Nordd. B. S. 1599) nachgebildet. Diese Gesetzesstelle aber hat wiederum ihre historische Unterlage in dem preußischen Gesetz betreffend die Eheschließung u. s. w. evangelischer preußischer Unterthanen in außereuropäischen Ländern vom 3. April 1854 § 7. Beide Gesetze: das von 1870 und das ältere von 1854 weisen die gleiche unzweideutige Fassung auf wie der § 52. Sie geben so nicht den geringsten Anhalt für die Annahme, daß der Gesetzgeber dem Ausspruche des Standesbeamten (diplomatischen Vertreters resp. Konsuln) allein den Karakter einer amtlichen Beglaubigung und keine konstitutive Kraft und Bedeutung habe beilegen wollen.

[5]) Vgl. §§ 28—36 R.G. 6. Februar 1875, A.L.R. II. 1 §§ 38 ff.

maßgebende Bedeutung zu.[6]) Zu den letzteren gehören diejenigen nicht, welche die Unverbindlichkeit der wider die Ehrbarkeit oder die guten Sitten abgegebenen Willenserklärungen aussprechen. Ist demnach die Behauptung der Nichtigkeit der Ehe beim Ausbleiben der versprochenen kirchlichen Trauung ungegründet, so vermag die Unterlassung derselben auf die Rechtsbeständigkeit der Ehe einen Einfluß nur noch insoweit zu äußern, daß sie wegen dieses Mangels ungültig und anfechtbar wird.

Als ungültig und anfechtbar wird die Ehe unbedenklich dann zu erachten sein, wenn der Ehegatte, der die Nachsuchung der kirchlichen Trauung verweigert, oder dem sie von den Organen der Kirche nach den Vorschriften des Kirchenrechts verweigert wird, den andern Ehegatten zur Eingehung der Civilehe allein dadurch vermochte, daß er ihm vorspiegelte, er werde sich mit ihm kirchlich trauen lassen. Es liegt da ein Betrug vor, welchem nach preußischem Recht, das hier im Geltungsbereiche des A.L.R. das allein entscheidende ist, die Bedeutung eines privaten Ehehindernisses zukommt und deshalb den getäuschten Ehegatten berechtigt, die Ehe als ungültig anzufechten.[7])

Betrügerisch handelt beispielsweise derjenige Ehegatte, welcher vor dem Abschluß der Civilehe dem anderen Theile auf dessen Frage, ob er auch die zur kirchlichen Trauung nöthigen Schritte gethan habe, die Versicherung ertheilt, es sei alles in Ordnung, hinterher aber nach Eingehung der Civilehe sich weigert, die kirchliche Trauung nachzusuchen, während dieser kirchlicherseits kein Hinderniß entgegensteht. Ein Betrug und die Anfechtbarkeit der Ehe aus diesem Grunde wird aber nicht minder auch dann anzunehmen sein, wenn der eine Ehegatte dem andern, um ihn zur Abgabe des Konsenses vor dem Standesbeamten zu bewegen, doloser Weise Umstände verhehlt hat, bei deren Vorhandensein die Vorschriften des Kirchenrechts dem Geistlichen der Kirche seiner Konfession oder demjenigen des anderen Theils die Vornahme der Trauung verbieten. So macht sich ein Katholik des Betruges schuldig, welcher dem andern katholischen Ehegatten die Thatsache verheimlicht, daß der Ehegatte, mit dem er in früherer Ehe verheirathet war, welche später gerichtlich geschieden wurde, noch am Leben ist. Dasselbe ist von dem evan-

---

[6]) Vgl. §§ 39, 40 II. 1 mit §§ 20 ff., §§ 75—83 A.L.R. I. 4.

[7]) S. R.G. 6. Februar 1875. §§ 28, 36; s. ferner §§ 38, 39 II. 1; §§ 84, 85 I. 4 A.L.R.

gelischen Ehegatten zu sagen, der dem andern absichtlich verschweigt, daß er bei einer vorangegangenen Scheidung vom Richter für den schuldigen Theil erklärt wurde, oder daß die Scheidung aus einem Grunde stattfand, welchen die evangelische Kirche für schriftwidrig und sündhaft hält. Darf doch unter diesen Umständen die neue Ehe des wiederheirathenden Ehegatten nicht kirchlich getraut werden.[8])

Der bei der Eheschließung von einem der Nupturienten gegen den andern verübte Betrug macht jede dadurch veranlaßte Willenserklärung unverbindlich. Es ist sonach gleichgültig, ob der daraus beim getäuschten Ehegatten erweckte Irrthum eine Eigenschaft des anderen Theils betrifft, oder sich auf eine Thatsache bezieht. Ebenso ist letzteren Falles die Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit der Thatsache ohne Einfluß.[9])

Für die Anfechtbarkeit der Ehe wird es daher nichts ausmachen, ob der in Bezug auf die kirchliche Trauung getäuschte Ehegatte, diese aus religiös-kirchlichen Beweggründen gewünscht hat, oder nur etwa darum, weil diese Personen seines Standes durch Rücksichten des Anstandes geboten erscheint. Auch wenn beide Ehegatten sich gegen die Lehren und Gebote ihrer Kirche völlig indifferent verhalten, so daß ein Irrthum des einen über die Gesinnungen des anderen in religiös-kirchlicher Hinsicht nicht Platz greift, ist die Anfechtbarkeit der Ehe beim Ausbleiben der versprochenen kirchlichen Trauung wegen Betruges nicht ausgeschlossen. Wäre es doch auch da denkbar und möglich, daß der eine Ehegatte den andern nur dadurch zur Abgabe des Konsenses vor dem Standesbeamten vermochte, daß er ihm vorspiegelte, er werde, wie es einmal Herkommen und Sitte fordern, unmittelbar nach Eingehung der Civilehe sich mit ihm kirchlich trauen lassen.

Nicht immer aber braucht ein Betrug verübt zu sein, um beim Unterbleiben der kirchlichen Trauung dem Ehegatten, dem diese vom andern versprochen war, das Recht zur Anfechtung der Ehe zu geben. Auch wegen Irrthums schlechthin kann da die Ehe unter Umständen ungültig sein, ohne daß dieser durch eine Täuschung hervorgerufen ist.

Man nehme folgenden Sachverhalt an. Von zwei katholischen Eheleuten ist der eine schon früher einmal verheirathet gewesen, aber gerichtlich geschieden. Sowohl bei Abgabe des Versprechens, daß er

[8]) Vgl. die Trauungsordnung v. 27. Juli 1880 (Kirchl. G. und V.Bl. S. 109) § 12 Nr. 2, 3.

[9]) § 85 I. 4 vgl. mit § 89, §§ 75—83 das., § 39 II. 1 A.L.R.



die kirchliche Trauung nachsuchen wolle, wie auch bei Abschließung der Civilehe, ist er auf Grund ihm zugegangener Nachrichten, die er für zuverlässig halten darf, in der Meinung befangen, der Ehegatte, von dem er geschieden wurde, sei verstorben. Nach Vollziehung der Civilehe eröffnet der Geistliche dem Ehepaar, als es zur Trauung vor ihm erscheint, er dürfe sie nicht trauen, denn einer ihm soeben gewordenen sicheren Mittheilung zufolge befinde sich der frühere geschiedene Ehegatte des einen von ihnen beiden noch am Leben. Daß Jemand noch lebt, ist für sich allein betrachtet eine bloße Thatsache, die nicht nothwendig die Person eines anderen rechtlich beeinflußt. Hier aber wirkt allerdings die Thatsache, daß der geschiedene frühere Ehegatte des einen der beiden Eheleute noch am Leben ist, auf die Person des letzteren zurück. Sie giebt ihm nach katholischem Kirchenrecht die Eigenschaft eines noch verheiratheten Ehegatten, dem das impedimentum ligaminis entgegensteht. Ein Irrthum in Beziehung auf diese seine Eigenschaft muß als ein wesentlicher gelten, welcher die geschlossene Ehe ungültig macht, nicht zwar überhaupt, wohl aber für eine Ehe von der Art, wie sie unter katholischen Eheleuten vorausgesetzt zu werden pflegt.[10])

Immerhin werden Fälle, wie der eben besprochene oder ähnliche,[11]) wo der eine Ehegatte, der dem anderen die Nachsuchung der kirchlichen Trauung versprochen hat, irrthümlich annimmt, es stehe derselben in seiner Person kein Hinderniß im Wege, nur höchst selten vorkommen.

Im Allgemeinen wird einer Anfechtung der Ehe wegen Irrthums in persönlichen Eigenschaften des einen der beiden Ehegatten beim Ausbleiben der versprochenen kirchlichen Trauung nicht stattzugeben sein. Es ist dies namentlich dann zu behaupten, wenn, ohne daß ein Betrug verübt wurde, die kirchliche Trauung nur deshalb nicht vollzogen werden kann, weil der eine von beiden Ehegatten sich weigert, sein dem anderen gegebenes Versprechen zu erfüllen.

Die von einem französischen Juristen[12]) aufgestellte gegentheilige

---

[10]) A.L.R. II. 1 § 40.

[11]) Ein ähnlicher Fall würde z. B. der sein, wenn bei katholischen Eheleuten einer von ihnen durch eine ihm zugegangene falsche Nachricht zu der irrthümlichen Annahme veranlaßt wäre, daß seine frühere nicht konsummirte Ehe mit einer noch lebenden Person vom Papste aufgelöst worden sei.

[12]) Marcadé in Revue de législation 1846 T. III p. 371 und in seinen: Éléments du droit civil français zu art. 180 des Code nr. 5.

Ansicht, daß die Ehe in diesem Falle wegen Irrthums des einen Ehegatten über wesentliche moralische Qualitäten des anderen vom Richter als ungültig zu behandeln und wieder aufzuheben sei, ist ungerechtfertigt. Die Weigerung des Ehegatten, in Erfüllung des dem anderen gegebenen Versprechens die kirchliche Trauung nachzusuchen, ist eine Handlung, keine Eigenschaft. Sie entspringt nicht nothwendig immer einem Mangel religiösen Gefühls. Es ist nicht unmöglich, daß, während die Eheleute sich vom Standesamte zur Kirche begeben, unter ihnen aus irgend einer Veranlassung Zwistigkeiten ausbrechen. Gewinnt daraus der eine Gatte die Ueberzeugung, seine Ehe werde sich unglücklich gestalten, deren gerichtliche Scheidung deshalb je eher je besser von ihm anzustreben sei, so können ihn gerade Gewissensbedenken davon abhalten, daß er vor der Kirche das Gelöbniß der unwandelbaren Treue gegen den anderen Ehegatten ablege.

Meistens wird nun freilich wohl die Handlung, vermöge deren der eine Ehegatte seinem gegebenen Versprechen zuwider die Nachsuchung der kirchlichen Trauung verweigert, eine Folge seiner religiösen Gleichgültigkeit und unkirchlichen Gesinnung sein. Hierin ist aber keine persönliche Eigenschaft zu erblicken, welche bei Schließung einer Ehe überhaupt oder auch nur bei Ehen unter den Angehörigen derselben Konfession als wesentlich vorausgesetzt zu werden pflegt. Ein seiner Kirche aufrichtig ergebener Ehegatte kann wohl einen religiös indifferenten heirathen, in der Hoffnung, daß es ihm gelingen werde, diesen später zu der eigenen besseren Ueberzeugung zu bekehren. Diese Hoffnung aber bleibt auch dem, welcher beim Abschluß der Ehe über die religiöse Gesinnung des anderen in einer Selbsttäuschung befangen war und erst hinterher gewahr wird, daß er sich darin geirrt hat. Die religiöse Gleichgültigkeit, welche den einen Ehegatten bestimmen mag, sein dem anderen gegebenes Versprechen unerfüllt zu lassen und die kirchliche Trauung nicht einzuholen, ist so jedenfalls nicht als ein sittlicher Mangel anzusehen, „welcher das Wesen der Ehe insoweit gefährdet, daß die Versagung der Annullation zugleich ein Zwang zur Verzichtleistung auf ein wesentliches Moment der Ehe sein würde.“ [13])

Das Resultat der angestellten Untersuchung ist ein für die Rechts-

---

[13]) Hinschius im Kommentar zu § 67 R.G. 6. Februar 1875 Note 22 der Ausgabe des A.L.R. von Koch IV. S. 50.

beständigkeit der Ehe beim Ausbleiben der kirchlichen Trauung günstiges. Weder ist diese nichtig, noch darf man von ihr sagen, daß sie schlechthin immer und in allen Fällen ungültig und anfechtbar sei.

Anfechtbar ist sie, wenn der eine Ehegatte den anderen in Bezug auf seine Absicht sich kirchlich trauen zu lassen getäuscht, und so zur Abgabe des Konsenses bewogen hat. Wo ein solcher Betrug nicht verübt ist, wird der Anfechtung der Ehe wegen Irrthums in persönlichen Eigenschaften des einen der beiden Ehegatten nur beim Zusammentreffen ganz besonderer Umstände stattzugeben sein.[14])

Dahingegen ist die Verweigerung der kirchlichen Trauung für sich allein noch nicht geeignet, um die Ehe wegen Irrthums ungültig zu machen. Andere Anfechtungsgründe aber außer Betrug und Irrthum kommen hier überhaupt nicht in Frage. Die Möglichkeit, daß der Ehegatte, dem die vom anderen versprochene kirchliche Trauung verweigert wird, die Ehe als ungültig anfechten darf, ist sonach eine nur sehr beschränkte.

Es entsteht daher die weitere Frage, welche Folgen hat die Verweigerung überall da, wo die vor dem Standesbeamten geschlossene Ehe von Anfang an gültig ist? Und die gleiche Frage ist auch dann aufzuwerfen, wenn der anfechtungsberechtigte Gatte die Klage auf Ungültigkeitserklärung der Ehe wegen Betruges resp. Irrthums nicht innerhalb der gesetzlichen Frist von sechs Wochen nach Entdeckung des Betruges oder Irrthums anstellt. Denn mit Ablauf dieser Frist ohne Klagerhebung wird die Ehe vermöge stillschweigender Ratihabition aus einer ungültigen zu einer gültigen.[15])

---

[14]) Selbst diese jetzt nur selten gewährte Möglichkeit, die Ehe bei Ausbleiben der versprochenen kirchlichen Trauung wegen Irrthums anzufechten, wird mit der Einführung des neuen deutschen bürgerlichen Gesetzbuches voraussichtlich aufhören. Im Einklang mit dem kanonischen Recht statuirt der Entwurf desselben § 1259 unter 2 wohl noch eine Anfechtung wegen Irrthums in der Person, nicht aber auch wegen eines solchen in persönlichen Eigenschaften eines der Ehegatten. Mit dem A.L.R. stimmt dagegen der Entwurf § 1259 unter 1 in der Behandlung des Betruges als Anfechtungsgrundes überein. Eine Anfechtung der Ehe beim Ausbleiben der versprochenen kirchlichen Trauung wird demnach auch künftig zwar nicht völlig ausgeschlossen sein, jedoch nur allein noch dann stattfinden, wenn der eine Ehegatte den anderen dadurch zur Eheschließung veranlaßt hat, daß er ihn in Bezug auf die beabsichtigte kirchliche Trauung täuschte.

[15]) A.L.R. II. 1 § 41 und dazu Hinschius in Koch's Kommentar zu dieser Gesetzesstelle Note 56.

Die Untersuchung hat von dem Versprechen auszugehen, welches die Ehegatten einander als Verlobte gegeben haben, und dessen Gegenstand die Nachsuchung der kirchlichen Trauung im Anschluß an die Eingehung der Civilehe bildet.

Dernburg[16]) nimmt an, es werde daraus jeder von beiden Ehegatten verpflichtet, dem Verlangen des anderen, sich mit ihm kirchlich trauen zu lassen, unmittelbar Folge zu geben. Er stützt seine Meinung auf den § 173 II. 1 A.L.R. An sich steht nichts entgegen, diese Vorschrift nicht allein auf die persönlichen Rechte und Pflichten zu beziehen, welche kraft gesetzlicher Anordnung[17]) unter den Ehegatten Platz greifen. Man wird unter den Rechten und Pflichten, welche sogleich nach Abschluß der Ehe ihren Anfang nehmen, auch solche verstehen dürfen, die sich in Abmachungen der Verlobten gründen. Diese aber müssen, soll anders der § 173 a. a. O. darauf Anwendung finden, nach Form und Inhalt rechtsverbindlich sein.

Die Form anlangend, kann man zweifeln, ob die bloß mündliche oder im Wege brieflicher Korrespondenz getroffene Abrede, auf welche sich die Verlobten bei Abgabe des fraglichen Versprechens für gewöhnlich beschränken werden, ausreichen möchte. Entsprechend den vom Gesetz[18]) für Verlöbnisse vorgeschriebenen Formen sollte man meinen, es sei regelmäßig zur Rechtsbeständigkeit der auf die kirchliche Trauung bezüglichen Abrede die Beobachtung der gerichtlichen oder notariellen Form nothwendig, während bei gemeinen Landleuten zum wenigsten die Niederschrift oder Vollziehung vor Schulzen und Schöppen stattfinden müßte. Es ließe sich dafür geltend machen, daß das vor der Heirath unter den Verlobten getroffene Abkommen, wodurch der Frau die Pflicht erlassen wird, dem Manne bei Verlegung des Domizils zu folgen, um rechtlich wirksam zu sein, ebenfalls die Abschließung eines förmlichen Vertrages voraussetzt.[19])

Doch sehen wir einmal von diesem formellen Bedenken ab. Es könnte der Mangel der Form ja nur dann relevant werden, wenn zuvor feststünde, daß dem Versprechen, mit welchem die Verlobten einander die Einholung der kirchlichen Trauung zusagen,

---

[16]) S. dessen Lehrbuch des Preuß. Privatrechts (3. Aufl.) III. S. 38.

[17]) Vgl. A.L.R. II. 1 §§ 174—209.

[18]) A.L.R. II. 1 §§ 82, 83.

[19]) Erk. des O.T. I. v. 22. Januar 1866 (Striethorst, Archiv 63, S. 57 ff.), Dernburg, Lehrb. des Preuß. Privatr. III. S. 14.

seinem Inhalte nach obligatorische Bedeutung zukäme. Im entgegengesetzten Falle müßte auch einem förmlichen pactum antenuptiale innerhalb des weltlichen, bürgerlichen Rechts die Kraft und Wirkung eines Vertrages abgesprochen werden.

Was ist nun aber der Inhalt des fraglichen Versprechens?

Man wird sich da hüten müssen, daß man nicht das Motiv, aus dem die Verlobten handeln, und den Zweck, den sie im Auge haben, mit dem Wesen und der Bedeutung der unter ihnen getroffenen Abmachung selbst verwechsele. Es ist denkbar und möglich, daß zwei Verlobte sich die Nachsuchung der kirchlichen Trauung bloß darum gegenseitig zusagen, weil das Herkommen es einmal so mit sich bringt, daß neben andern Festlichkeiten bei einer Hochzeit auch der Akt der Trauung stattfinde. Diese rein weltliche Rücksicht macht das auf die Trauung bezügliche Uebereinkommen darum noch nicht zu einem Geschäft des bürgerlichen Rechts. Sein Inhalt wird davon nicht berührt. Er läßt sich nur richtig erkennen und bestimmen, wenn man auf den Gegenstand der Verpflichtung sieht, deren Erfüllung der eine Verlobte dem anderen verspricht. Dieser ist eine kirchliche Handlung. Freilich verbindet das Kirchenrecht damit rechtliche Wirkungen, wie es andererseits mit ihrer Unterlassung für die Mitglieder der Kirchengemeinschaft Nachtheile eintreten läßt. Damit aber wird die Trauung nicht auch zu einer Sache des weltlichen und zwar des bürgerlichen Rechts. Die Beobachtung kirchlicher Pflichten kann nicht im Rechtswege geltend gemacht, noch verfolgt werden.[20]) Ein Vertrag, der hierauf gerichtet ist, ermangelt des civilrechtlichen Inhalts; er ist für das bürgerliche Recht unverbindlich. Weder läßt sich darauf eine Klage gründen auf Vollziehung der kirchlichen Trauung, noch ist daraus eine Einrede herzuleiten, vermöge deren der eine Ehegatte berechtigt wäre, dem anderen die Erfüllung der ihm gesetzlich obliegenden Verpflichtungen (§ 173 A.L.R. II. 1) bloß um deshalb vorzuenthalten, weil er vertragswidrig handele, wenn er diese verlange, während er sich seinerseits weigert, sein gegebenes Wort zu halten.

Aus der Unverbindlichkeit des auf die Trauung bezüglichen Uebereinkommens der Verlobten und nachherigen Ehegatten folgt nun aber nicht ohne Weiteres auch, daß ihm überhaupt all und

---

[20]) S. Hinschius zu § 67 R.G. 6. Februar 1875 in Koch's Kommentar des A.L.R.

jede Bedeutung abgeht. Es bleibt immer noch möglich, daß das bürgerliche Recht schon der bloßen Thatsache, daß eine solche, wenngleich unverbindliche Abmachung unter ihnen getroffen wurde, unter bestimmten Umständen und in gewissem Maße Rechnung trägt.

Ich knüpfe hier an das Eingangs Gesagte an. Wenn zwei Verlobte einander versprechen, sich sogleich nach Eingehung der Ehe vor dem Standesbeamten kirchlich trauen zu lassen, so ist daraus anzunehmen, daß sie gewillt sind, in die eheliche Lebensgemeinschaft nicht eher einzutreten, denn nach Vornahme der Trauung. Wird nun trotzdem von dem einen Ehegatten an den anderen die Zumuthung gestellt, daß er mit ihm ehelich zusammen lebe, ohne daß die Trauung stattfindet, so wird man untersuchen müssen, ob und wie weit etwa das bürgerliche Recht dem Richter gebietet, auf die Thatsache Rücksicht zu nehmen, daß die Ehegatten ihren Willen früher dahin kundgegeben haben, es solle zwischen ihnen die Lebensgemeinschaft nicht vor erfolgter kirchlicher Trauung Platz greifen.

Sehen wir da zuerst auf denjenigen von beiden Ehegatten, welchem wider seinen Willen die vom anderen versprochene Trauung vorenthalten wird. Kann dieser die Scheidung der an sich von Anfang an gültigen oder doch später gültig gewordenen Ehe verlangen, wenn der andere Ehegatte an ihn das Ansinnen des ehelichen Zusammenlebens stellt, ohne seinerseits das auf die Trauung bezügliche Versprechen zu erfüllen?

Von den meisten der dem A.L.R. bekannten Ehescheidungsgründe leuchtet von selbst ein, daß sie sich auf diesen Fall nicht anwenden lassen. Der einzige Ehescheidungsgrund, an den man denken könnte, ist die grobe und widerrechtliche Ehrenkränkung (§ 706 A.L.R. II. 1). Sie entspricht der injure grave des code civil art. 231.

Nach einer in der französischen Jurisprudenz vertretenen Meinung, welche Friedberg[21]) gebilligt hat, soll nun die Weigerung des einen Ehegatten, sich kirchlich trauen zu lassen, unter den Begriff einer solchen injure grave fallen.[22]) Denn das damit zugleich an den anderen Ehegatten gestellte Ansinnen, ohne kirchliche Trauung mit ihm zusammmenzuleben, enthalte eine höchst empfindliche Ver-

---

[21]) R. der Eheschließung S. 578.

[22]) S. Demolombe, cours de code civil. T. 4 nr. 390 u. vgl. damit die aus der französischen Literatur und Judikatur gegebenen Nachweisungen bei Hirschel im Archiv für kath. K.R. 40 S. 205 ff.



unglimpfung, weil ihm damit zugemuthet werde, daß er die öffentliche Verachtung auf sich lade.

Aus dem Geltungsgebiete des französischen Rechts innerhalb der preußischen Rheinlande liegt hierüber ein Urtheil des Landgerichts Trier vor aus dem Jahre 1845.[23]) Es wird darin anerkannt, daß bei stattfindender Verweigerung der kirchlichen Trauung die deshalb von der Frau gegen den Mann auf Ehescheidung erhobene Klage gerechtfertigt sei. Begründet wird das Urtheil damit, daß nach der vorherrschenden Ueberzeugung der Arbeiterklasse in der Rheinprovinz die Weigerung des Mannes, die Ehe durch den Geistlichen einsegnen zu lassen, der Frau gegenüber eine schwere Beleidigung sei, indem diese damit der öffentlichen Mißachtung preisgegeben werde.

Von französischen Juristen[24]) selbst ist dagegen eingewendet worden, daß eine Beleidigung, ohne Absicht zu beleidigen, undenkbar sei. Solche aber fehle hier. Der sich weigernde Ehegatte habe eben nur eine von der des anderen Theils abweichende Anschauung über die kirchliche Trauung, ihren Werth und ihre Bedeutung. Dieser Einwand erscheint begründet. Die Weigerung des einen Ehegatten, das dem anderen mit Bezug auf die Trauung gegebene Versprechen zu erfüllen, hat für sich allein noch nicht den Karakter einer beleidigenden Handlung. Denn selbst angenommen, der weigernde Ehegatte weiß, daß die in der Gegend oder die in dem Kreise von Personen, unter denen die Ehegatten leben, herrschende Ueberzeugung darin eine Mißachtung erblickt, so folgt daraus noch nicht mit Nothwendigkeit, daß er die Nachsuchung der Trauung nur in der Absicht unterläßt, um dem anderen Ehegatten damit eine Kränkung zuzufügen. Kann er doch auch dann noch behaupten, seine freie Denkungsweise in religiösen Dingen gestatte ihm nicht, eine kirchliche Handlung an sich vollziehen zu lassen, der er jeden Werth und jede Bedeutung absprechen müsse. Zwar habe er in einer schwachen Stunde vor Eingehung der Civilehe dem anderen Ehegatten die Nachsuchung der Trauung versprochen; jetzt aber verbiete ihm sein Gewissen die Erfüllung dieses Versprechens. Er könne sich nicht überwinden, daß er mit einer Handlung seinen Spott

---

[23]) Mitgetheilt in Sirey, Recueil général 1847 2 p. 420.

[24]) S. Thierret in der Revue de législation 1846 T. II. p. 170. Sirey, Les codes annotés par P. Gilbert 4 tirage, supplément, Paris 1871 zu Art. 229, 230 p. 83 nr. 7, 8.

treibe, welche anderen religiös und kirchlich gesinnten Personen eine heilige und ehrwürdige sei, während er selbst daran nicht glaube.

Involvirt die Weigerung an sich noch nicht eine Beleidigung, so ist diese auch nicht darin zu finden, daß der Ehegatte, welcher sein deshalb gegebenes Versprechen nicht erfüllt, dem anderen zumuthet, ohne stattgehabte Trauung mit ihm zusammenzuleben. Macht er doch, indem er dieses Ansinnen stellt, nur Rechte geltend, welche das Gesetz auf Grund der vor dem Standesbeamten geschlossenen Ehe dem einen gegen den anderen Ehegatten einräumt. Von einer Beleidigung kann hier vollends nicht die Rede sein, wenn nicht sowohl der eine der beiden Ehegatten dem andern die Nachsuchung der Trauung verweigert, sondern die Kirche es ist, die dem Geistlichen aus einem oder dem andern Grunde die Vornahme derselben verbietet.

Man wird so bei Nichterfüllung des bezüglich der Trauung gegebenen Versprechens den animus injuriandi auf Seiten des Ehegatten, der sein Wort bricht, nur dann als vorhanden annehmen dürfen, wenn derselbe sich entweder zu dem anderen Ehegatten selbst oder zu dritten Personen dahin äußert, oder sonst erkennbar ist, er unterlasse die Nachsuchung der Trauung bloß zu dem Zweck, um den anderen zu kränken.

Da aber ist es nicht die Weigerung für sich allein, noch auch das Ansinnen des Zusammenlebens ohne Trauung, welche den Thatbestand der Beleidigung ausmacht. Diese ist vielmehr in der Kundgebung enthalten, mit welcher der weigernde Ehegatte seine Mißachtung gegen den anderen bezeigt. Das eben Gesagte fällt für das preußische Recht um so mehr ins Gewicht, weil hier der Begriff der groben und widerrechtlichen Kränkung der Ehre (§ 700 a. a. O.) nicht sowohl den Willen zu beleidigen überhaupt voraussetzt, sondern verlangt, daß dieser Wille dahin gerichtet ist, dem anderen die ihm nach seinen Verhältnissen zustehende Achtung im Publikum zu entziehen und dadurch einen bleibenden oder doch empfindlichen Nachtheil zuzufügen.[25])

Ein böser Wille mit so weit gehendem Inhalt ist bei dem Ehegatten, der in Nichterfüllung des dem anderen gegebenen Versprechens die kirchliche Trauung nachzusuchen verabsäumt, nicht zu

---

[25]) Erk. des O.T. I. v. 12. Okt. 1863, Striethorst Archiv 50 S. 333.



vermuthen, noch aus gewissen Umständen anzunehmen. Er erfordert, wenn sein Dasein behauptet wird, die Erbringung des strikten Beweises.

Wir gelangen damit zu dem negativen Resultat, daß derjenige von beiden Ehegatten, dem die vom anderen versprochene kirchliche Trauung vorenthalten wird, darum allein noch nicht auf Ehescheidung zu klagen berechtigt ist.

Wie aber verhält es sich nun mit den Rechten des Ehegatten, der seinerseits die Unterlassung der versprochenen Trauung verschuldet, entweder weil er sie nicht will, oder weil sie ihm aus kirchenrechtlichen Gründen von dem Geistlichen versagt werden muß? Ist er berechtigt von dem anderen Theil die Erfüllung der den Ehegatten gegen einander obliegenden Verpflichtungen zu fordern, oder wird er es sich gefallen lassen müssen, daß dieser es ablehnt, in die Lebensgemeinschaft mit ihm einzutreten, ehe nicht die Trauung stattgehabt habe?

Eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens kennt das preußische Recht nicht. In seinem Geltungsbereiche ist es so allein der Ehescheidungsprozeß, für den die aufgeworfene Frage in Betracht kommt. Der Richter wird da zu prüfen haben, ob und wie weit gegenüber der Ehescheidungsklage wegen Verletzung einer der Pflichten, welche das Gesetz aus der Eingehung der Ehe entspringen läßt, der Thatsache eine rechtliche Bedeutung zukommt, daß der Beklagte sich die Trauung versprechen ließ und dem Kläger damit kundgethan hat, er wolle mit ihm nur dann ehelich zusammenleben, wenn derselbe sich mit ihm kirchlich trauen lasse. Diese Thatsache wird hier um deshalb bedeutsam, weil nur bei vorangegangenem Fordern und Geben des fraglichen Versprechens der Beklagte hoffen darf, der Klage mit einiger Aussicht auf Erfolg Einwendungen entgegen zu setzen. Denn ohnedem wird er sich nicht darüber zu beklagen haben, daß der andere ihm zumuthet, sich über den Mangel der kirchlichen Trauung hinwegzusetzen; hat er doch selbst nicht deren Nachsuchung begehrt.

Von den Handlungen, welche eine Verletzung der aus der Ehe entspringenden gesetzlichen Verbindlichkeiten involviren, sind es allein die bösliche Verlassung und die Versagung der ehelichen Pflicht, welche die Bedeutung von Ehescheidungsgründen haben. Nur sie sind hier in Betracht zu ziehen.

Sehen wir zunächst, wie es sich mit der Klage auf Scheidung wegen böslicher Verlassung verhält, zu deren Anstrengung der Kläger

sich veranlaßt sieht, weil Beklagter Mangels kirchlicher Trauung sich weigert, mit ihm zusammenzuwohnen. Eine bösliche Verlassung findet nach preußischem Recht überall dann statt, wenn der eine Ehegatte freiwillig und nicht entschuldigt durch öffentliche Geschäfte, dringende Privatangelegenheiten und Gesundheitsreisen sich vom anderen wider dessen Willen trennt, ohne einen rechtmäßigen Grund der Entfernung anführen zu können (§§ 175, 177, 684, 685, 687 A.L.R. II. 1).

Die von dem einen dem anderen Theil gegebene Einwilligung, welche ihm die Trennung erlaubt, ist jederzeit widerruflich.[26]) Hieran vermag auch die auf die kirchliche Trauung bezügliche gegenseitige Abrede der Ehegatten nichts zu ändern. Da ihr, wie wir sahen, die Kraft und Bedeutung eines gültigen Vertrages abgeht, so ist dadurch keiner von beiden an die dem anderen gegebene Zusage gebunden, daß er ohne kirchliche Trauung von ihm die Folgeleistung und das Aufgeben des bisherigen Sonderlebens nicht verlangen wolle.

Wie aber steht es mit der Rechtmäßigkeit des Grundes der Entfernung, wenn beim Mangel der kirchlichen Trauung die Frau sich weigert, dem Manne in dessen Domizil zu folgen, oder aber dieser es ablehnt, sie bei sich aufzunehmen? Für rechtmäßig ist eine Trennung der Ehegatten von einander zu erachten, die ihren Grund hat in einer Thatsache, welche das Recht und zwar die hier allein in Frage kommende staatliche Gesetzgebung gelten läßt. Das A.L.R. erkennt nur ganz bestimmte, im Gesetzbuche selbst bezeichnete Vorgänge als solche an, welche den Ehegatten gestatten, sich erlaubter Weise von einander dauernd zu entfernen. Die Frau braucht dem Manne nicht zu folgen, wenn derselbe wegen begangener Verbrechen außer Landes geht.[27]) Sie ist nicht minder von der Pflicht zur Folge entbunden, wenn für den Fall, daß der Mann einen neuen Wohnort wählt, durch einen vor der Heirath gerichtlich oder notariell geschlossenen Vertrag unter den Verlobten und nachherigen Ehegatten ausgemacht worden ist, daß sie ihm dorthin keine Folge zu leisten hat.[28]) Andererseits darf der Mann der Frau die Aufnahme verweigern, wenn diese, nachdem sie sich eigenmächtig von ihm getrennt

26) A.L.R. II. 1 §§ 175, 177, 684, 685, 687.
27) A.L.R. II. 1 § 681.
28) § 682 das.

hat, bei erfolgender Rückkehr nicht im Stande ist, ihren inzwischen geführten Wandel als unbescholten nachzuweisen.[29]) Der Frau wie dem Manne ist das Sonderleben endlich noch dann zu erlauben, wenn der eine oder der andere Theil die Trennung um deshalb wünschen muß, weil beim ferneren Zusammenbleiben eine, seinem Leben oder seiner Gesundheit drohende Gefahr entstehen möchte.[30])

Keine der genannten Thatsachen liegt da vor, wo ein Ehegatte in Ermangelung der versprochenen kirchlichen Trauung das Leben mit dem anderen aus religiösen Gründen und Gewissensbedenken ablehnt. So wenig die Möglichkeit einer böslichen Verlassung ausgeschlossen ist, wenn ein katholischer Ehegatte in ein Kloster eintritt und Profeß ablegt,[31]) ebensowenig ist die durch Gewissensbedenken hervorgerufene Trennung des einen Ehegatten vom anderen nach den Vorschriften des A.L.R. als eine erlaubte anzusehen.

Es kann sich so nur darum handeln, daß wir feststellen, ob etwa das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 dem Richter bei stattfindender Entfernung des einen Ehegatten vom anderen wegen Unterlassung der versprochenen kirchlichen Trauung eine andere Beurtheilung der Folgepflicht und ihrer Verletzung vorschreibt. Es ist der § 82, auf den man sich deshalb vielleicht berufen möchte. Die Motive S. 39 ergeben, daß der Gesetzgeber beabsichtigt, mit dieser Vorschrift dem Mißverständniß vorzubeugen, das Gesetz verbiete den Mitgliedern der Kirchengemeinschaften die Erfüllung der ihnen als solchen obliegenden Pflicht, sich kirchlich trauen zu lassen. Auch fernerhin bleibt dies Jedermann erlaubt. Die einzige in dieser Hinsicht stattfindende Beschränkung ist die, daß es den Geistlichen bei Strafe untersagt ist, die Trauungshandlung eher zu vollziehen, als nachdem erweislich die Ehe vor dem Standesbeamten geschlossen ist (R.G. § 67). Wie aus den Motiven des weiteren er-

[29]) § 687 das.

[30]) § 724 das.

[31]) Es ist dies nicht nur von gemischten Ehen zu behaupten (J. A. Schnaubert, Beiträge zum deutschen Staats- und Kirchenrecht, Th. I. Nr. 1 § 5), sondern von Ehen überhaupt. Denn das A.L.R. und die damit übereinstimmende heutige Reichsgesetzgebung, nimmt keine Rücksicht auf die Unterscheidung des kanonischen Rechts zwischen konsummirter und nicht konsummirter Ehe. Ebensowenig ist danach im Falle der noch nicht erfolgten Konsummation der Ehe der eine von zwei katholischen Eheleuten für befugt zu erachten, daß er, wie das kan. R. ihm dies offen läßt, sich innerhalb einer bestimmten Zeit darüber entscheidet, ob er konsummiren, oder aber in ein Kloster gehen und die Ehe damit lösen will.

hellt, soll der § 82 überdies dem Gedanken Ausdruck geben, daß es dem Gesetzgeber durchaus fern liegt, das Band, welches die Einzelnen mit ihrer Kirche verbindet, zu lockern und die kirchlichen Verpflichtungen in Bezug auf die Trauung zu alteriren. Was diese Verpflichtungen angeht, so fordert die Kirche, die katholische, wie die evangelische, von ihren Mitgliedern nicht etwa bloß, daß sie bei der Eheschließung die Formen beobachten und namentlich die Vornahme der feierlichen, religiösen Handlungen nachsuchen, welche das Kirchenrecht vorschreibt. Sie verlangt von ihnen auch, daß sie dies thun, ehe und bevor ihr Zusammenleben den Karakter eines kirchlich unerlaubten, beziehungsweise moralisch verpönten Verhältnisses angenommen hat.

Nehmen wir nun einmal an, schon das bloße Zusammenwohnen der Eheleute vor stattgehabter Trauung stelle ein kirchlich unerlaubtes Verhalten dar. Es würde sich dann freilich nicht bestreiten lassen, daß die den Mitgliedern der Kirchen bezüglich der Trauung obliegende kirchliche Verpflichtung eine Beeinträchtigung erführe, wenn es dem einen Ehegatten freistände, den anderen ohne Rücksicht auf vorhandene Gewissensbedenken zur Folgeleistung zu nöthigen. Als eine, wenn auch keineswegs strafbare Nöthigung wäre da schon die Drohung anzusehen, daß mit der Anstrengung der Klage auf Scheidung wegen böslicher Verlassung werde vorgegangen werden. Denn daraus können sich für den schuldigen Theil rechtliche, namentlich vermögensrechtliche Nachtheile ergeben. Trotzdem müßte der Richter Bedenken tragen, dem § 82 im supponirten Falle den Sinn unterzulegen, daß danach die Trennung des einen Ehegatten vom anderen beim Mangel der kirchlichen Trauung für eine gerechtfertigte zu halten und die Scheidung wegen böslicher Verlassung zu versagen wäre.

Das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 will nicht, wie dies bei der bloß fakultativen Civilehe zutreffen möchte, etwa bloß solchen Personen die Eheschließung ermöglichen, die aus einer der im Staate anerkannten Kirchen ausgeschieden sind. Sein Zweck ist nicht weniger darauf gerichtet, den Anhängern der verschiedenen Konfessionen, namentlich den Katholiken, die Möglichkeit der Ehe in einer von der Kirche unabhängigen Weise zu eröffnen.[32] Dieser

---

[32]) Man vgl. die Worte der Motive S. 39: „Die Uebertragung der Beurkundung des Personenstandes und die Einführung einer bürgerlichen Form der Eheschließung erfolgt aus Gründen, welche sich gegenüber den bestehenden Ver-



Zweck würde vereitelt werden, wollte man der Frau, zur Vermeidung eines angeblichen Gewissenszwanges das Recht einräumen, dem Manne die Folge an dessen Wohnort zu versagen, oder den Mann für befugt zu halten, die Frau bei sich nicht aufzunehmen, weil die kirchliche Trauung unter ihnen nicht stattgefunden hatte. Ein Verhältniß, bei dem von vornherein eine Trennung der Eheleute nach allen Richtungen hin Platz griffe, hätte eben nur noch den Namen der Ehe. Während eine Ehe ohne copula carnalis immer noch Ehe bliebe, würde hier, wo noch in keiner einzigen Beziehung ein Zusammenleben der Ehegatten seinen Anfang genommen hätte, die Ehe im Widerspruch mit ihrem Wesen all und jeden Inhalts entbehren.[33])

Man wird daher den § 82 des Reichsgesetzes dahin aufzufassen haben, daß den Eheleuten die Erfüllung der kirchlichen Verpflichtung, sich trauen zu lassen, vor dem Beginne jeder Art von Zusammenleben nur allein dann freigestellt bleibt, wenn beide Theile darin einig sind, daß sie in die eheliche Lebensgemeinschaft vor Vollziehung der Trauung nicht eintreten. Nicht aber ist diese gesetzliche Vorschrift auch da in Anwendung zu bringen, wo der eine dem anderen die Nachsuchung der versprochenen Trauung verweigert, während dieser wegen angeblichen Gewissenszwanges die Folgeleistung ablehnt. Ohnedem würde der § 82 in Widerspruch treten mit dem sonstigen Inhalt des Reichsgesetzes (§§ 41, 52 Abs. 2).

Wird denn aber überhaupt eine kirchliche Pflicht verletzt, wenn in Ermangelung der Trauung das gemeinsame Leben der Eheleute vor der Hand beschränkt bleibt auf das Zusammenwohnen und die einander wechselseitig zu gewährende Unterstützung?

Prüfen wir daraufhin zunächst die Vorschriften des katholischen Kirchenrechts.

In allen Parochien, wo der Beschluß des Tridentiner Konzils c. 1 (Tametsi) sess. XXIV de ref. matr. publizirt wurde und noch heute Geltung hat, ist die von Katholiken vor dem Standesbeamten geschlossene Ehe im Sinne des katholischen Kirchenrechts keine Ehe, so lange nicht die kirchliche Trauung der Nupturienten oder doch

hältnissen aus der Pflicht des Staates die rechtlichen Beziehungen seiner Angehörigen zu ordnen und möglichst sicher zu stellen, mit zwingender Nothwendigkeit ergeben."

[33]) Vgl. A.L.R. II. 1 §§ 1, 2.

zum wenigsten die Erklärung des Ehekonsenses vor dem zuständigen Pfarrer und zwei oder drei Zeugen stattgefunden hat.

Ist aber darum etwa das mit der Eingehung der Civilehe zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts hergestellte Verhältniß schon an und für sich ein kirchlich unerlaubtes?

Allerdings muß die Kirche es lebhaft wünschen und ihren Mitgliedern dringend anempfehlen, sich davor zu hüten, daß sie nicht allein schon auf Grund der Civilehe zu einander ziehen und dieselbe Wohnung theilen, ehe und bevor nicht ihre Ehe in der vom Tridentiner Konzil vorgeschriebenen Form vollzogen ist. Liegt es doch auf der Hand, daß mit dem Beziehen derselben Wohnung an beide Theile die Versuchung herantritt, die begonnene Lebensgemeinschaft durch den Beischlaf zu einer vollständigen zu machen. Selbst aber, wenn sie dieser Versuchung gegenüber standhaft bleiben, werden sie sich doch in den Augen dritter Personen dem Verdachte aussetzen, daß sie vorzeitig zu einander in geschlechtliche Beziehung getreten sind. Auch Anstandsrücksichten machen es daher rathsam, das Zusammenwohnen vor erfolgter Trauung zu vermeiden. Trotz alledem ist aber das Zusammenwohnen für sich allein nach Eingehung der Civilehe ohne nachfolgende Trauung resp. vor erfolgter Eheschließung in der tridentinischen Form nicht nothwendig eine vom Rechte der Kirche verbotene, noch strafbare Handlung. Papst Benedikt XIV. hat dies ausdrücklich anerkannt in einem Sendschreiben an den apostolischen Vikar in Holland, womit er dessen Anfrage beantwortet, wie es mit den Ehen der Katholiken zu halten sei, welche diese dort nach der staatlichen Gesetzgebung des vorigen Jahrhunderts entweder vor dem evangelischen Geistlichen oder vor einer Magistratsperson einzugehen genöthigt waren.[34])

Auch das gegenwärtig in der katholischen Kirche geltende Recht nöthigt zu keiner anderen Auffassung der Civilehe. Man darf sich da nicht beirren lassen durch den Inhalt der Allokution des Papstes

---

[34]) Es findet sich abgedruckt in von Schulte's Handbuch des kathol. Eherechts S. 275, 276. Die Worte, auf die es hier ankommt, lauten: „Illud praeterea vobis curandum est, ne, etiamsi duo catholici civilem illam ac mere politicam coram haereticis ceremoniam peregerint, nimiam inter se familiaritatem agant, aut sub eodem tecto in communi habitent, nisi se prius veris et legitimis nuptiis ex norma Tridentini alligaverint; quamquam enim ea familiaritas esse possit sine flagitio, flagitii certe periculo et suspicione non vacat: utrumque autem probis et bene moratis Christi fidelibus cavendum est.“

Pius IX. vom 27. September 1852.[35]) Zwar heißt es darin mit Bezug auf die in Neu-Granada einzuführende Civilehe, eine jede außerhalb des Sakraments der Ehe unter Christen eingegangene Verbindung, welche sich gründe in dem bürgerlichen Recht und Gesetz des Staats sei nichts anderes, denn das von der Kirche so oft schon als ein schimpfliches und seelenverderbliches Verhältniß verworfene Konkubinat. Das Wort conjunctio bezeichnet hier jedoch nicht etwa schlechthin jede Art der Gemeinschaft unter Personen verschiedenen Geschlechts. Gemeint ist damit nur eine solche Verbindung, welche bereits zur fleischlichen Vermischung geführt hat, ehe sie die Ehe mit einander in der von der Kirche vorgeschriebenen Weise geschlossen haben. Nur diese Art von Gemeinschaft will der Papst als Konkubinat angesehen wissen; auf sie allein paßt diese Bezeichnung. Daß diese Worte der Allokution in diesem Sinne aufzufassen sind, ergiebt sich aus dem Gegensatze, in den darin die Begriffe der Civilehe und des Konkubinats zum Ehesakrament gebracht werden. Die vorliegende Auslassung des Papstes giebt keinen Grund zu der Annahme, als habe dieser etwa in Abweichung von der in der katholischen Kirche herrschenden Meinung jede kirchlich geschlossene Ehe ohne weiteres zum Sakrament erheben wollen, ehe die Verbindung der Ehegatten durch die copula carnalis zur vollständigen Lebensgemeinschaft geworden ist. Ebensowenig wird man nun aber andererseits annehmen dürfen, seine Absicht sei dahin gegangen, dem Konkubinat als dem geraden Gegentheil der sakramentalen Ehe etwa schon dann rechtliche Existenz zuzuschreiben, wenn zwei Personen verschiedenen Geschlechts vor stattgehabter kirchlicher Eheschließung zusammenleben, ohne doch in geschlechtliche Beziehung zu einander getreten zu sein. Ein Konkubinat im Sinne des Rechts der katholischen Kirche wird die Civilehe hiernach erst dann, wenn die Eheleute im Geltungsbereiche der tridentinischen Vorschriften einander geschlechtlich beiwohnen, ohne ihren kirchlichen Pflichten in Bezug auf die Eheschließung genügt zu haben.

Gar nicht kann davon die Rede sein, wo die tridentinischen Vorschriften für die Ehen von Katholiken nicht maßgebend sind, sei es, weil es in der betreffenden Parochie an dem Erforderniß der Publikation fehlt,[36]) sei es, daß es sich um die Eingehung gemischter

---

[35]) Friedberg, Lehrbuch des Kirchenr. (2. Aufl.) S. 294 Note 6.

[36]) Wie z. B. in Ostpreußen mit Ausschluß des Ermlandes und in Pommern.

Ehen mit Protestanten handelt, für welche die spätere päpstliche Gesetzgebung[37]) das c. tametsi des Tridentinums außer Kraft gesetzt hat. Die vor dem Standesbeamten geschlossene Ehe ist da auch kirchlich betrachtet eine gültige Ehe (matrimonium validum), mag sie auch unerlaubt (illicitum) sein. Eine unerlaubte ist sie, streng genommen, zunächst nur im objektiven, nicht auch im subjektiven Sinn. Objektiv unerlaubt ist sie um deshalb, weil jede Ehe, die bloß allein durch die gegenseitige Erklärung des Konsenses der Nupturienten geschlossen wird, mit dem Mangel der Heimlichkeit behaftet ist, so lange nicht der Konsens vor dem Geistlichen (in facie ecclesiae) erklärt wird. Nicht aber machen sich diese damit, daß sie die Konsenserklärung vor dem Standesbeamten abgeben, etwa ohne weiteres eines Verstoßes gegen die kirchliche Ordnung schuldig. Kommen sie doch nur einer ihnen als Unterthanen von Staats wegen gesetzlich obliegenden Verpflichtung nach. Die Leistung des Gehorsams gegen die staatliche Obrigkeit aber muß auch die katholische Kirche als eine Pflicht ihrer Mitglieder anerkennen. Zum wenigsten gilt dies überall da, wo solche möglich ist ohne gleichzeitige Verletzung einer kirchlichen Verpflichtung. Subjektiv unerlaubt wird daher die von Katholiken außerhalb des Geltungsbereiches der Tridentinischen Ehevorschrift vor dem Standesbeamten geschlossene Ehe erst dann werden, wenn die Nachsuchung der Trauung in möglichst unmittelbarem Anschluß an die Eingehung der Civilehe verabsäumt wird. Auch in diesem Falle aber stellt die Thatsache, daß die Ehegatten ohne kirchliche Trauung einander folgen und dieselbe Wohnung beziehen, an und für sich noch keine unerlaubte Handlung dar. Denn mag immerhin bei dem Ausbleiben der Trauung die Ehe zu einer unerlaubten werden, nicht nur im objektiven, sondern auch im subjektiven Sinne, so bleibt doch die einmal durch die Konsensabgabe geschlossene Ehe kirchenrechtlich gültig.

Das Zusammenleben der Ehegatten in solcher Ehe kann demnach für sich allein nichts kirchlich unerlaubtes noch strafbares sein. Im Gegentheil wird sogar derjenige von beiden Ehegatten, welcher dem andern die Folge bloß wegen des Mangels der Trauung ver-

---

S. Leinz, die Ehevorschriften des Konzils von Trident, deren Ausdehnung und heutige Geltung S. 93, 94.

[37]) Benedict. XIV. declarat. de matr. in Hollandia et Belgia contractis 1741; später ausgedehnt auf Schlesien und die Diözesen Culm, Gnesen-Posen, Köln, Trier, Münster, Paderborn und Limburg. Friedberg, Kirchenrecht S. 326 Note 18.

weigert, den Vorschriften des Kirchenrechts zuwiderhandeln. Der Beschluß einer ermländischen Synode aus dem Jahre 1495[38]) findet hierauf Anwendung. Darin wird mit ganz allgemein lautenden Worten gesagt, bei einer durch bloßen gegenseitigen Konsensaustausch geschlossenen Ehe sei keiner von beiden Ehegatten berechtigt, sich vom andern nur deshalb zu trennen, weil die Ehe nicht die Bestätigung und den Segen der Kirche empfangen habe. Man darf so behaupten, daß dies nicht sowohl in dem Falle gelten soll, wo die Eheleute nach erfolgter Eheschließung etwa schon in die Lebensgemeinschaft eingetreten sind, sondern nicht weniger auch dann, wenn nach Abgabe des Ehekonsenses der eine Theil dem andern die Folgeleistung versagt. Die Thatsache, daß der Synodalbeschluß in die Zeit fällt vor dem Konzil von Trident, macht ihn darum für die Gegenwart noch nicht bedeutungslos. Sein Inhalt behält auch heute noch Werth und Bedeutung für alle solche Ehen von Katholiken, welche, ohne daß die Tridentinische Eheschließungsform für sie maßgebend geworden wäre, noch der Beurtheilung und Entscheidung nach den Grundsätzen des älteren kanonischen Rechts unterliegen.

Sehen wir nunmehr, ob etwa das evangelische Kirchenrecht zu der Annahme nöthigt, daß schon das bloße Zusammenwohnen der Ehegatten in Ermangelung der Trauung die Verletzung einer kirchlichen Pflicht involvirt.

Für das Geltungsgebiet des A.L.R. wird es hier darauf ankommen, eine Stelle der Trauungsordnung vom 27. Juli 1880 richtig zu deuten. Ich meine den § 2 zu 3. Es wird darin den Eheleuten zur Pflicht gemacht, in die eheliche Lebensgemeinschaft nicht vor erfolgter Trauung einzutreten. Aus § 6 Nr. 1 desselben Kirchengesetzes und aus dem Kirchengesetz betreffend die Kirchenzucht vom 30. Juli 1880 §§ 1—3 erhellt, daß damit nur eine kirchlich-ethische, nicht aber eine Rechtspflicht gemeint ist. Immerhin würde schon eine bloß kirchlich-ethische Pflicht genügen, um den Grund abzugeben für das Vorhandensein eines Gewissenszwanges bei dem kirchlich gewissenhaften Ehegatten, wenn dieser vom andern nicht gewissenhaften

[38]) Concilia Germaniae ed. Hartzheim. T. V. p. 665: „Contrahentes vero matrimonia per verba de praesenti, vel futuro carnali copula secuta, non possunt se invicem propria auctoritate discedere, licet per sacerdotem matrimonium in Ecclesia non sit authorizatum vel solenni benedictione roboratum. Debent igitur Rectores Ecclesiarum, dum eis constiterit per confessionem vel alias ipsos inducere, ut ad suos conjuges redeant."



Theil bei Androhung der Scheidung wegen böslicher Verlassung und und der ihm daraus entstehenden Nachtheile genöthigt werden könnte, ihm ohne Trauung zu folgen. Zwingt denn aber die Trauungsordnung wirklich zu der Meinung, daß schon die bloße Kohabitation einen Verstoß gegen jene kirchliche, wenn auch nur kirchlich-ethische Pflicht mit sich bringt?

Man wird das bestreiten müssen. Die evangelische Kirche erkennt die Civilehe als Ehe an, mag sie ihr auch die Eigenschaft einer christlichen Ehe absprechen. Läßt sie die Civilehe einmal als Ehe gelten, so wird sie nicht umhin können, daraus die Folgerung zu ziehen, daß eine Trennung des einen Ehegatten vom andern gegen dessen Willen nicht stattfinden darf. Denn ohnedem würde, wie wir früher sahen, die Ehe ihrem Wesen zuwider jedes Inhaltes ermangeln. Man wird daher die kirchlich-ethische Pflicht der evangelischen Ehegatten, sich der Kohabitation bei Unterlassung der Trauung zu enthalten, nicht für eine absolut unerläßliche zu erachten haben. Sie ist auf solche Eheleute beschränkt zu denken, welche in Bezug auf die kirchliche Trauung derselben Meinung sind, sei es, daß sie sich als Glieder ihrer Kirche zu deren Nachsuchung für verpflichtet halten, sei es, daß sie sich darin säumig zeigen. Dagegen kann von der Beobachtung jener Pflicht in dem Falle nicht die Rede sein, wo der eine von beiden Ehegatten es ablehnt, mit dem andern, der dieses wünscht, sich trauen zu lassen, während er trotzdem von diesem fordert, daß er ihm Folge leiste. Der kirchlich gesinnte Ehegatte macht sich daher auch nicht der Verletzung eines kirchlichen Gebotes schuldig, wenn er dem Verlangen des weniger gewissenhaften Theils folgt und ohne stattgehabte Trauung dieselbe Wohnung mit ihm theilt. Es ergiebt sich so für das evangelische, gleichwie für das katholische Kirchenrecht, das Resultat, daß das bloße Zusammenwohnen der Ehegatten für sich allein noch nicht die kirchlichen Verpflichtungen der Mitglieder dieser Kirchengemeinschaften alterirt. Bei dem Mangel einer kirchlichen Pflicht, deren Verletzung in Frage käme, ist die Möglichkeit eines Gewissenszwanges ausgeschlossen. Der Gewissenszwang, unter dem der kirchlich gesinnte Ehegatte zu stehen glaubt, wenn ihm vom andern die Folgeleistung ohne Trauung zugemuthet wird, ist kein wahrer, sondern ein bloß vermeintlicher Gewissenszwang.

Dies festzustellen erschien darum nicht unwichtig, weil der § 719 A.L.R. II. 1 die Scheidungsklage demjenigen Ehegatten versagt, der durch sein eignes unsittliches Betragen den anderen Theil

zu denjenigen Vergehungen veranlaßt hat, worauf die Klage sich gründet.

Macht der Ehegatte, der von dem anderen die Folgeleistung ohne Trauung verlangt, sich eines Gewissenszwanges nicht schuldig, so kann man ihm auch nicht den Vorwurf machen, daß er unsittlich handle, wenn er den anderen Ehegatten ohne Rücksicht auf dessen Gewissensbedenken, mit Androhung der Scheidung zum Aufgeben des Sonderlebens zu veranlassen sucht. Zum wenigsten kann diese Unsittlichkeit nicht in der Ausübung eines Gewissenszwanges erblickt werden.

Es entsteht da nur noch die Frage, ob er etwa darin unsittlich handelt, daß er dem anderen Ehegatten zumuthet, sich über die Rücksichten des Anstandes hinweg zu setzen, indem er von ihm, seinem gegebenen Versprechen zuwider, das Wohnen mit ihm ohne Trauung fordert. Und diese Frage ist nicht sowohl da aufzuwerfen, wo der eine Ehegatte angebliche Gewissensbedenken vorschützt, um die Verweigerung der Folge zu motiviren. Sie betrifft nicht weniger auch den Fall, wo die Forderung auf Folgeleistung beim Ausbleiben der Trauung nur allein um Rücksichten des Anstandes willen zurückgewiesen wird.

Die Antwort muß verneinend ausfallen. Eine Handlung, welche sich über die in Herkommen und Sitte beruhenden Rücksichten des Anstandes hinweg setzt, braucht darum noch keine unsittliche zu sein. Wenn zwei Eheleute auf Grund der von ihnen geschlossenen Civilehe ohne Trauung eine gemeinsame Wohnung beziehen, so ist damit, selbst kirchlich betrachtet, wie wir eben sahen, noch nicht nothwendig ein unsittliches Verhältniß gegeben. Und bei dem Verlangen des einen Ehegatten an den anderen, ihm ohne Trauung Folge zu leisten, handelt es sich zunächst nur um die Forderung, daß er sein Sonderleben aufgebe und mit ihm die gemeinsame Wohnung theile. Freilich wird dieser, wenn er seinem Verlangen nachgiebt, sich damit dem Verdachte aussetzen, daß er es nicht bei der Kohabitation bewenden lasse, sondern ohne Trauung mit dem anderen geschlechtlichen Umgang pflege. Trotzdem wird man in der, von dem anderen Gatten an ihn gestellten Zumuthung, sich diesem Verdacht gegenüber indifferent zu verhalten, noch keine Unsittlichkeit finden dürfen. Weder setzt sie eine kränkende Absicht voraus, noch ist sie selbst nur bedingt durch ein rücksichtsloses Benehmen. Ist es doch, wie früher schon angedeutet wurde, wohl möglich, daß ein Ehegatte die Nach-

suchung der Trauung lediglich aus dem Grunde verweigert, weil er sich als Freidenker nicht zu überwinden vermag, eine kirchliche Handlung an sich vollziehen zu lassen, die in seinen Augen völlig werthlos ist, nur etwa darum, weil er dies dem anderen vorher in einer schwachen Stunde versprochen hat. Wenn er daher vom anderen Theil verlangt, daß er ihm ohne Trauung Folge leiste, und sich damit über die Rücksichten des Anstandes hinwegsetze, so ist darin nicht nothwendig ein Mangel an Rücksicht zu erblicken. Er kann die an den anderen gestellte Zumuthung mit seiner abweichenden Anschauungsweise in religiöser Beziehung rechtfertigen, die ihm verbiete etwas zu thun, was seiner Ueberzeugung widerstreite.

Nach alledem ist die Scheidungsklage wegen böslicher Verlassung als begründet zu erachten, wenn der eine Ehegatte beim Unterbleiben der versprochenen kirchlichen Trauung dem anderen die Folgeleistung verweigert, auch den gerichtlichen Befehl zur Rückkehr unbefolgt läßt, und dieser deshalb auf Scheidung gegen ihn anträgt.[39]) Dabei ist der Beklagte für den allein schuldigen[40]) Theil zu erklären. Denn eine Vergehung auf Seiten des Klägers liegt nicht vor. Für den Beklagten kann sich hieraus die weitere Folge ergeben, daß er dem Kläger den vierten Theil seines Vermögens abtreten muß.[41]) Nur darf die Klage auf Verurtheilung in diese Ehescheidungsstrafe gegenwärtig nicht mehr mit der Ehescheidungsklage verbunden werden. Vielmehr ist der hierauf gerichtete Antrag auf Verfolgung eines vermögensrechtlichen Anspruches einer besonderen, der Ehescheidung nachfolgenden Klage vorzubehalten (§ 575 R.C.P.O.).

---

[39]) A.L.R. II. 1 §§ 684, 685, 686.

[40]) A.L.R. II. 1 §§ 745, 746, 751, 756. Nach der Trauungsordnung vom 27. Juli 1880 § 12 unter 3 müßte ihm daher, streng genommen, bei beabsichtigter Wiederverheirathung die kirchliche Trauung versagt werden. Die Organe der evangelischen Kirche werden jedoch hier nicht Anstand nehmen dürfen, ihn von dem Trauungshinderniß der verschuldeten Scheidung zu dispensiren. Wenigstens ist dies von solchen Fällen zu behaupten, wo der wegen böslicher Verlassung verurtheilte Ehegatte sich wegen Gewissensbedenken geweigert hat, ohne vorangegangene kirchliche Trauung Folge zu leisten. Waren nämlich hier auch die Gewissensbedenken sachlich nicht gerechtfertigt, da das bloße Zusammenwohnen der Ehegatten noch nicht gegen eine kirchliche Pflicht verstößt, so hat der vom Richter im Ehescheidungsprozeß für schuldig erklärte Ehegatte doch immer aus einem sittlich unverwerflichen Grunde und nur darum gefehlt, weil er seiner Kirche und deren Lehren und Vorschriften die Treue halten wollte.

[41]) § 785 II. 1.

Um den aus der Scheidung wegen böslicher Verlassung entstehenden Nachtheilen zu entgehen, wird nun möglicher Weise derjenige von beiden Ehegatten, der auf die Vornahme der Trauung Gewicht legt, seinen Widerstand aufgeben und sich bewogen finden, auch ohne Trauung mit dem anderen Ehegatten ein und dieselbe Wohnung zu theilen. Daraus aber folgt noch keineswegs, daß er auch Willens ist, die mit dem anderen begonnene Lebensgemeinschaft durch den Beischlaf zu einer vollständigen zu machen.

Es entsteht so die weitere Frage: ist er beim Mangel der Trauung zur Leistung der ehelichen Pflicht verbunden und wird, wenn er dabei bleibt, diese solange zu versagen, als die Trauung nicht erfolgt ist, der andere Theil gegen ihn deshalb auf Ehescheidung klagen dürfen?

Nach Dernburg[42]) soll das Verlangen einer Konsummation der Ehe vor der in Aussicht genommenen kirchlichen Trauung den guten Sitten widerstreiten und darum unberechtigt sein.

So allgemein hingestellt dürfte diese Ansicht sich jedoch nicht aufrecht erhalten lassen. Die Beurtheilung und Entscheidung der Frage, ob die Verweigerung der Beiwohnung von Seiten des einen der beiden Ehegatten beim Unterbleiben der Trauung berechtigt ist oder nicht, wird je nach den Beweggründen, die ihn dabei leiten, und je nach den Umständen, unter denen sie erfolgt, verschieden ausfallen müssen.

Werden als Grund für die Versagung der Beiwohnung Gewissensbedenken geltend gemacht, so wird man nicht ohne weiteres behaupten dürfen, es sei der Thatbestand des § 694 A.L.R. II. 1 gegeben. Denn nicht jede Weigerung, die eheliche Pflicht zu leisten, welche mit anderen als Gesundheitsrücksichten[43]) motivirt wird, ist darum geeignet, einen Ehescheidungsgrund zu bilden. Diese muß eine anhaltende oder fortdauernde und zugleich eine halsstarrige sein. Für halsstarrig wird man ein solches Verhalten zu erachten haben, bei welchem der Ehegatte die ihm vom anderen zugemuthete Leistung schlechthin verweigert. Nicht aber kann von Halsstarrigkeit dann die Rede sein, wenn er erklärt, daß er sich der Erfüllung nur so lange entziehen wolle, bis eine an sich erlaubte Bedingung erfüllt sei, die zu erfüllen der andere Theil in seiner Macht habe.

---

[42]) Lehrb. des Preuß. Privatrechts (3. Aufl.) III. S. 38 Note 28.

[43]) A.L.R. II. 1 §§ 179, 180.

Als eine solche Bedingung darf namentlich die Beseitigung gewisser Hindernisse gelten, welche es dem Ehegatten aus sittlichen Gründen zur Zeit verbieten, der vom anderen an ihn gestellten Forderung zu entsprechen. Der halsstarrigen Verweigerung wird sich daher die Frau nicht schuldig machen, welche die Beiwohnung dem Manne versagt, wo diese von ihm unter solchen Umständen gefordert wird, daß sie nicht anders, denn mit Verletzung der Schamhaftigkeit vor sich gehen könnte. Würde doch hier der von seiner Weigerung ablassende Ehegatte unter Umständen Gefahr laufen, sich zum Mitschuldigen des Vergehens des § 183 R.St.G.B. zu machen. Ebensowenig wird man nun aber das Verhalten als ein halsstarriges ansehen dürfen, bei dem der eine Ehegatte sich aus Gewissensbedenken weigert, die Ehe mit dem anderen durch die Beiwohnung zu konsummiren, so lange er mit diesem nicht kirchlich getraut ist.

Die Kirchengesetze haben für den Ehegatten, welcher der Kirche, der er als Mitglied angehört, treu ergeben ist, das gleiche Ansehen und denselben Anspruch auf Beachtung und Befolgung, wie die Vorschriften des weltlichen bürgerlichen und Strafrechts. Das an ihn gerichtete Verlangen, sich hierüber hinwegzusetzen, bildet in seinen Augen einen unzulässigen und unsittlichen Gewissenszwang. Mit Recht wird er daher dem anderen die Beiwohnung so lange versagen, bis für ihn mit Vollziehung der Trauung der Grund hinweggefallen ist, welcher die Konsummation der Ehe ihm verbietet und zu einer unrechtmäßigen Handlung macht. Schon der Begriff der Halsstarrigkeit steht sonach hier der Möglichkeit der Ehescheidung wegen Verletzung der ehelichen Pflicht entgegen.

Ein anderes Argument gegen die Anwendung des § 694 II. 1 A.L.R. im fraglichen Falle ist dem Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 und zwar dessen § 82 zu entnehmen. Es mag hier an das schon früher Gesagte erinnert sein. Wenn die kirchliche Verpflichtung in Beziehung auf die Trauung unberührt bleiben soll, so ist den Mitgliedern der Kirche nicht etwa bloß freigestellt, sich überhaupt kirchlich trauen zu lassen. Die ihnen obliegende kirchliche Verpflichtung, in welche der Gesetzgeber nicht eingreifen will, erfordert vielmehr auch, daß sie die Trauung rechtzeitig nachsuchen, ehe die Lebensgemeinschaft unter ihnen eine vollständige geworden ist. Vollständig hergestellt wird diese aber mit der Vollziehung des Beischlafes. Wo daher katholische Eheleute in Ansehung der Eheschließung den Vorschriften des Konzils von Trident unterworfen sind, müssen sie nach Eingehung

der Civilehe, wenn sie sich nicht förmlich trauen lassen, zum wenigsten den Konsens vor dem zuständigen Pfarrer und zwei oder drei Zeugen erklären. Anderenfalls wird die von ihnen vor dem Standesbeamten geschlossene Ehe mit der Vollziehung des Beischlafes, kirchlich betrachtet, den Karakter des nicht bloß unsittlichen, sondern strafbaren Verhältnisses des Konkubinats annehmen. Aber auch da, wo die tridentinische Eheschließungsform nicht die maßgebende ist, wird beim Mangel der Trauung der gewissenhafte katholische Ehegatte gerechte Gewissensbedenken haben, die vom anderen geforderte Beiwohnung zu versagen. Zwar ist dort, wie jede andere, durch die gegenseitige Konsensabgabe geschlossene Ehe, auch die vor dem Standesbeamten eingegangene Civilehe kirchlich gültig. Immerhin aber ist sie eine kirchlich unerlaubte, mag sie dies zunächst auch nur in objektivem, nicht auch im subjektiven Sinne sein.[44]) Eine kirchlich erlaubte wird diese erst, wenn die Ehegatten die Erklärung des Konsenses vor dem Geistlichen noch einmal wiederholt haben, worauf sich weiter die Kopulation beziehungsweise die Einsegnung der Ehe anschließen mag. Dies muß spätestens geschehen, bevor sie mit dem Beischlaf in die vollständige Lebensgemeinschaft eintreten. Sonst machen sie sich durch die Konsummation der Verletzung einer kirchlichen Pflicht schuldig.

Was hierüber die Beschlüsse älterer deutscher Provinzialkonzilien[45]) verordnet haben, das ist auch heute noch überall als normgebend zu erachten, wo auf die von Katholiken geschlossenen Ehen in kirchenrechtlicher Beziehung nicht die Vorschriften des Tridentiner Konzils, sondern die Grundsätze des älteren kanonischen Rechts Anwendung finden.

Daß die evangelische Kirche ihrerseits den Ehegatten ebenfalls zur Pflicht macht, vor der Trauung nicht in die eheliche Lebensgemeinschaft einzutreten,[46]) hat uns schon einmal beschäftigt. Wie

---

[44]) S. oben S. 788.

[45]) Conc. Saltzburgens. a. 1420 c. XIII. (conc. Germ ed. Hartzheim T. V. p. 190): „In contrahendis matrimoniis hanc volumus honestatem pro reverentia sacramenti observari, ut videlicet nonnisi per presbyteros et si commode fieri potest, in ecclesia — cum honestate debita fiant matrimoniorum copulationes —; matrimonia quoque, quae benedicenda fuerint, non post, ut moris exstitit, sed ante ipsorum carnalem consummationem pro benedictionis ipsius reverentia benedicantur."

S. auch die das. V. p. 465, 566, 579 mitgetheilten Beschlüsse deutscher Provinzialkonzilien.

[46]) Trauungsordnung vom 27. Juli 1880 § 2 ad 3.

wir sahen, handelte es sich dabei nur um eine kirchlich-ethische Pflicht, nicht um eine solche, mit welcher kirchenrechtliche Wirkungen und Nachtheile für das säumige Kirchenmitglied verknüpft sind. Dennoch wird man auch dem kirchlich gesinnten evangelischen Ehegatten das Recht nicht bestreiten dürfen, daß er dem anderen Theil die Beiwohnung so lange versagt, bis dieser sich dazu bequemt, die Trauung mit ihm nachzusuchen.

Anders nämlich, wie da, wo allein das Beziehen derselben Wohnung in Frage steht, darf die evangelische Kirche hier, wo es sich um die Konsummation der Ehe handelt, die Erfüllung der beregten Pflicht von den Ehegatten schlechterdings immer und nicht etwa bloß dann verlangen, wenn unter ihnen in Bezug auf die Trauung Einverständniß herrscht. Es ist in diesem Falle das Gewissen jedes einzelnen der beiden Ehegatten, an das die Kirche appellirt, indem sie, wenn auch nur moralisch, ihnen die Pflicht auferlegt, sich der Beiwohnung vor erfolgter Trauung zu enthalten. Die evangelische Kirche kann diesen Anspruch gegen ihre Mitglieder erheben, ohne deshalb mit sich selbst und mit der Thatsache in Widerspruch zu treten, daß sie die Civilehe als Ehe anerkennt. Denn ein Verhältniß der civiliter verbundenen Eheleute, bei welchem der eine Theil aus Gewissensbedenken dem anderen die Beiwohnung beim Ausbleiben der Trauung verweigert, behält, sofern nicht etwa eine Trennung der Ehegatten von einander hinzukommt, darum immer noch das Wesen und den Inhalt der Ehe. Es widerstreitet nicht dem Reichs- und Landesrecht.[47] Denn danach ist die Beiwohnung für die rechtliche Bedeutung der Ehe kein nothwendiges, noch wesentliches Erforderniß. Wenn daher die evangelische Kirche es ihren Gliedern zur Pflicht macht, in die vollständige Lebensgemeinschaft mit Vollziehung des Beischlafes nicht vor der Trauung einzutreten, so muthet sie ihnen damit nichts zu, was sie in Konflikt bringen könnte mit den Vorschriften der weltlichen Gesetzgebung.

Nicht immer aber werden die Gewissensbedenken, welche den einen Ehegatten veranlassen, dem anderen bei mangelnder Trauung den Beischlaf zu verweigern, durch das Vorhandensein einer kirchlichen Pflicht gerechtfertigt sein. Es ist auch möglich, daß derselbe in diesem Falle aus übertriebener Gewissenhaftigkeit ein kirchliches Gebot zu befolgen meint, das in Wirklichkeit nicht gegeben ist. Bei

---

[47]) § 2 A.L.R. II 1, R.G. 6. Febr. 1875 §§ 33—39.

katholischen Ehen wird dies zutreffen, wenn nach Abschluß der Civilehe zwar der Konsens vor Pfarrer und Zeugen den Vorschriften des Konzils von Trident entsprechend erklärt ist, dagegen die förmliche Kopulation und Einsegnung der Eheleute aus einem oder dem anderen Grunde ausgesetzt bleibt. Allerdings ermahnt das Konzil von Trident in c. 1 de ref. matr. die Ehegatten, daß sie nicht im selben Hause zusammenwohnen, ehe nicht ihrer Ehe in der Kirche der priesterliche Segen ertheilt ist. Doch das ist nur eine Mahnung oder ein Rath, der ihnen um des äußeren Anstandes willen ertheilt wird.[48]) Aus Achtung vor der religiösen Feierlichkeit der Eheeinsegnung sollen sie bei dritten Personen keinen Anstoß dadurch erregen, daß sie sich schon ganz wie Eheleute benehmen, ehe der Priester den Segen über ihre Ehe gesprochen hat. Eine kirchliche Pflicht, selbst nur im Sinne einer ethischen, ist ihnen damit nicht auferlegt. Namentlich folgt aus den Worten des Konzils nicht, daß es den Ehegatten vor der Einsegnung ihrer kirchlich schon geschlossenen Ehe schlechthin verboten sein soll, mit einander zu konkubiren. Könnte doch die Beiwohnung unter Umständen vor sich gehen, wo sie, bei Vermeidung des Zusammenwohnens, sich der Kenntniß dritter Personen völlig entzöge. Unter diesen Umständen wird daher die Versagung der Beiwohnung bloß wegen des Mangels der Trauung nicht gerechtfertigt sein.[49]) Denn das Gewissensbedenken, welches den einen der Ehegatten bestimmt, dem anderen die Leistung der Pflicht zu verweigern, ist eben nur ein eingebildetes. Der Ehegatte aber, welcher die Leistung fordert, macht damit nur von einem ihm zweifellos zustehenden Rechte Gebrauch, ohne den anderen Theil einem Gewissenszwange zu unterwerfen.

Bei evangelischen Ehegatten, die im Inlande heirathen, wird die Konsummation der Ehe ohne vorangegangene Trauung stets einer Verletzung der kirchlichen, wenn auch nur kirchlich-ethischen Pflicht, gleichkommen. Nicht dasselbe aber ist von den Ehen preußischer Unterthanen evangelischen Glaubens zu behaupten, welche diese in

[48]) Vgl. Sanchez, De sancto matrimonio disputat T. I. lib. III. disp. XIII. nr. 13 verb.: „tenendo — esse solum consilium praemittere benedictiones consummationi matrimonii.“ S. auch unten Note 49.

[49]) Sanchez l. c. verb.: „dicendum est — teneri utrumque conjugem reddere, quamvis benedictiones nondum adhibitae sint; indecentia enim opposita tantum est sub consilio, cui praevalet ius justitiae, quod habent conjuges in corpus.“ S. auch das. Nr. 7.

außereuropäischen Ländern vor preußischen Konsuln abschließen. Auf diese finden die Vorschriften der Trauungsordnung vom 20. Juli 1880 keine Anwendung. Die Ehegatten sind da nur gehalten, die kirchliche Einsegnung der Ehe nachzuholen, sobald sich ihnen die Gelegenheit hierfür darbietet.[50]) Setzen wir den Fall, zwei preußische protestantische Eheleute haben sich einander vor ihrer Verheirathung an einem außereuropäischen Orte die Nachsuchung der kirchlichen Trauung durch einen dort gerade anwesenden Geistlichen versprochen. Nach Abschließung der Civilehe vor dem Konsul stirbt jener Geistliche oder erkrankt so schwer, daß er die Trauungshandlung nicht zu vollziehen im Stande ist. Am Orte und ebensowenig in dessen näherer oder auch weiterer Umgebung ist sonst kein evangelischer Geistlicher vorhanden. Wollte nun der eine Ehegatte dem anderen die Beiwohnung so lange vorenthalten, bis vielleicht erst nach Monaten oder gar nach Jahren sich die Gelegenheit findet, die kirchliche Einsegnung der Ehe nachzuholen, so würde auch in diesem Falle die Weigerung eine durchaus unberechtigte sein. Eine kirchliche Pflicht, welche die Ehegatten mit der Konsummation der Ehe verletzen möchten, liegt hier nicht vor. Ohne solche aber ist ein Gewissenszwang ausgeschlossen. Der die Beiwohnung versagende Ehegatte vermag daraus keinen Grund für seine Weigerung herzuleiten. Er kann diese auch nicht damit motiviren, daß er behauptet, die Forderung des anderen Theils, die eheliche Pflicht zu erfüllen, ehe er mit ihm kirchlich getraut sei, verstoße gegen Anstand und Schicklichkeit. Sie muthe ihm ein Benehmen zu, das wider die guten Sitten verstoße, und darum geeignet sei, ihn vor der Welt herabzusetzen. Es gilt hier das schon früher Gesagte. Nicht immer fallen die Begriffe von Anstand und Schicklichkeit mit denen der Sittlichkeit zusammen.

Die Forderung der Konsummation der Ehe wird immer nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen einen unsittlichen Karakter annehmen. Solche sind gegeben, wenn aus Erfüllung der Pflicht für den Ehegatten, dem sie abverlangt wird, eine Gefahr entstehen könnte, sei es in Ansehung seiner Gesundheit, sei es in geistiger Beziehung, weil es sein Gewissen beschweren würde, wenn er dem Verlangen entspräche. Alles dies trifft da nicht zu, wo keine kirchliche Pflicht dem Ehegatten vor stattgehabter kirchlicher Trauung die Enthaltsam-

---

[50]) Vgl. Gesetz betr. die Eheschließung u. s. w. evangelisch-preuß. Unterthanen in außereuropäischen Ländern v. 3. April 1854 (G.S. S. 469) §§ 1, 7, 8.

keit gebietet, mögen immerhin Schicklichkeitsrücksichten diese anempfehlen.

Demnach wird derjenige Ehegatte, der beim Unterbleiben der kirchlichen Trauung dem anderen die Beiwohnung nicht wegen Gewissensbedenken verweigert, sondern lediglich, weil der äußere Anstand ihm die Leistung der Pflicht vor der Trauung verbiete, bei seinem ablehnenden Verhalten nicht beharren dürfen. Er wird sonst dem anderen Ehegatten gerechte Ursache geben, gegen ihn wegen Versagung der ehelichen Pflicht auf Scheidung zu klagen.

Wir gelangen so zu dem Schluß: Bei Unterlassung der Trauung ist die deshalb stattfindende Weigerung des einen der beiden Ehegatten, dem anderen beizuwohnen, nur allein dann eine rechtmäßige, wenn derselbe sich auf ein Gebot seiner Kirche berufen kann, das er nicht ohne Gewissensbedenken übertreten mag.

Wird man aber darum sagen dürfen, die in Gewissensbedenken beruhende Weigerung, dem anderen Ehegatten beizuwohnen, so lange die kirchliche Trauung nicht stattgehabt hat, sei stets und ohne jede Ausnahme nicht geeignet, einen Scheidungsgrund zu bilden? Es hieße das zuviel behaupten. Man wird zu berücksichtigen haben, daß der Grund für die Unterlassung der kirchlichen Trauung nicht immer nothwendig der Wille des einen der beiden Ehegatten ist, der seinem dem anderen gegebenen Worte untreu wird. Es ist auch möglich, daß, während beide Gatten in der Nachsuchung der Trauung mit einander einverstanden sind, sie diese nicht zu erlangen vermögen, weil in der Person des einen von ihnen beiden ein kirchenrechtliches Hinderniß vorliegt, das dem Geistlichen die Vornahme der Trauungshandlung verbietet. In der katholischen Kirche findet zur Zeit ein kirchliches connubium zwischen ihren Mitgliedern und Altkatholiken nicht statt. Die katholischen Geistlichen dürfen die Ehe eines Angehörigen ihrer Kirche mit einem Altkatholiken nicht trauen. Selbst ein Dispens durch den zuständigen geistlichen Obern wird da schwerlich ertheilt werden.[51]) Ein altkatholischer Ehegatte wird so vergeblich um die Trauung bei dem Geistlichen der Konfession des anderen Ehegatten nachsuchen. Weigert sich dieser nun seinerseits wegen Vornahme der Trauung einen alt-

[51]) Man vgl. den von Porsch in der Jurist. Rundschau für das katholische Deutschland III. Heft S. 92 ff. mitgetheilten Rechtsfall, besonders das dort S. 98 bis 99 Gesagte.



katholischen Geistlichen anzugehen,[52]) so kommt diese überhaupt nicht zu Stande.

Noch häufiger wird es bei evangelischen Ehen vorkommen, daß ein Ehegatte sein dem anderen gegebenes Versprechen nicht zu erfüllen vermag, weil ihm die Trauung nach Vorschrift der Trauungsordnung aus einer oder der anderen Ursache seines früheren Verhaltens wegen vorzuenthalten ist.[53]) Verweigert unter diesen Umständen der eine der beiden Ehegatten dem anderen die Beiwohnung, indem er erklärt, daß ihm sein Gewissen bei Mangel der Trauung die Ehe zu konsummiren nicht gestattet, so wird man hier nicht sagen dürfen, daß die Leistung der ehelichen Pflicht etwa nur bedingungsweise oder auf Zeit versagt werde. Weiß doch der weigernde Theil, daß die Bedingung, von welcher er die Leistung abhängig macht, dem anderen nicht zu erfüllen möglich ist. Die Versagung ist daher hier im Sinne des § 694 II. 1 A.L.R. eine hartnäckige und fortdauernde. Als solche wird sie auch dann zu erachten sein, wenn der weigernde Ehegatte die Erfüllung von dem Konfessionswechsel des anderen Theils und von der Vornahme der dadurch ermöglichten Trauung abhängig machen wollte. Ein derartiges Verlangen, wie es namentlich bei Ehen zwischen katholischen und altkatholischen Gatten nicht undenkbar wäre, verdient keine Berücksichtigung. Die damit dem einen der beiden Ehegatten gestellte Bedingung wäre eine unsittliche. Als solche aber wäre sie einer unmöglichen Bedingung gleich zu behandeln.[54])

Man könnte dem gegenüber nur noch den Zweifel aufwerfen, ob nicht etwa der § 82 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 den Richter nöthigt, die Klagen auf Ehescheidung wegen Versagung der ehelichen Pflicht unter den gedachten Umständen als unbegründet zurückzuweisen. An sich läßt diese Gesetzesstelle eine Auslegung dahin zu, daß der kirchlich gewissenhafte Ehegatte beim Mangel der Trauung die Beiwohnung wegen Gewissensbedenken verweigern

---

[52]) Dabei mag es dahingestellt bleiben, ob der darum ersuchte altkatholische Geistliche die Vollziehung der Trauung ebenfalls verweigern wird. Jedenfalls würde man es der altkatholischen Kirche und ihren Organen nicht verargen dürfen, wenn sie eine Art Retorsion übte und daher auch ihrerseits es ablehnte, Katholiken mit Angehörigen ihres Bekenntnisses zu trauen.

[53]) S. oben S. 772.

[54]) § 136 I. 4 A.L.R. vgl. mit §§ 7, 9 das.



darf.[55]) Auch würde eine Ehe ohne Geschlechtsverbindung immer noch eine Ehe bleiben. Trotzdem wird man den § 82 nicht auf Fälle beziehen dürfen, wo die Trauung unterbleibt, nicht, weil der eine von beiden Eheleuten diese nicht will, sondern weil die Kirche ihm diese aus kirchenrechtlichen Gründen vorenthält. Es würde dies sonst dahin führen, daß man dem § 82 eine Tragweite und Bedeutung gäbe, die im Widerspruch stände mit dem hauptsächlichsten Zwecke, den der Gesetzgeber mit der Einführung der Civilehe hat erreichen wollen. Dieser ist, wie schon früher in anderem Zusammenhange bemerkt wurde, dahin gerichtet, den Mitgliedern der verschiedenen Kirchengemeinden die Eheschließung in einer Form zu zu ermöglichen, die unabhängig ist von dem Rechte der Kirchen- und Religionsgesellschaften und den Hindernissen, welche dieses den Nupturienten entgegensetzen möchte.

Hat damit das Gesetz den Weg zur Ehe auch solchen Kirchengliedern eröffnet, denen die Kirche, ihrer Lehre und ihrem Recht zufolge, den Segen vorenthalten muß, so bietet es andererseits auch keinen Anhalt für die Annahme, daß der Gesetzgeber die Wirkung solcher Ehen hat beschränken wollen. Nirgends findet sich eine Andeutung, daß die katholischen oder evangelischen Ehegatten, die aus kirchlichen Gründen nicht getraut werden, von einander zwar Folgeleistung und gegenseitige Unterstützung, nicht aber auch die Herstellung der Geschlechtsgemeinschaft sollen fordern dürfen. Es ist davon hier ebenso wenig die Rede, wie bei Ehen von Personen, die außerhalb jeder Kirchengemeinschaft stehen. Nach weltlichem, bürgerlichem Recht muß daher unter den bezeichneten Umständen die Weigerung der Leistung der ehelichen Pflicht von Seiten des einen der beiden Ehegatten für nicht berechtigt gelten. Auf die Gewissensbedenken, die ihn davon abhalten, kann es aus dem angegebenen Grunde nicht ankommen. Beharrt er bei seiner Weigerung, so wird der andere Theil deshalb auf Ehescheidung wider ihn klagen dürfen. Der Scheidung kann hier auch nicht mit dem Einwande begegnet werden, daß Kläger selber durch sein unsittliches Verhalten den Beklagten zu dem Vorgehen veranlaßt hat, worauf die Klage sich gründet (§ 719 II. 1).

Ist es doch nicht der Kläger, welcher hier einen Gewissenszwang gegen den Beklagten übt. Der Mangel der Trauung und

---

55) S. oben S. 794.

die daraus dem Beklagten erwachsenden Gewissensbedenken fallen nicht ihm zur Last. Zum wenigsten hat er sie nicht unmittelbar veranlaßt. Soweit sein früheres Verhalten dabei mitgewirkt hat, fällt dieses in die Zeit vor dem Abschluß der Ehe mit dem Beklagten.[56]) Das von ihm an den letztern gestellte Verlangen aber, die Ehe mit ihm zu konsummiren, ist an sich keine unsittliche Handlung. Er macht da nur von einem Rechte Gebrauch, das ihm das Gesetz ebenso gut wie anderen Ehegatten einräumt, welche aus einer oder der anderen Ursache nach Vorschrift des Kirchenrechts nicht dazu gelangen können, für die vor dem Standesbeamten geschlossene Civilehe den Segen der Kirche zu empfangen. Der Beklagte aber wird bei der sonach auszusprechenden Scheidung vom Richter für den allein schuldigen Theil zu erklären sein.[57])

20.

Ueber die wechselseitige Einwirkung der civilgerichtlichen und strafgerichtlichen Urtheile.[1])

Von Herrn Landgerichtsrath Brettner in Cottbus.

Es ist häufig, daß dieselbe Rechtsfrage von dem Civilrichter wie von dem Kriminalrichter zu entscheiden ist; oft haben es Beide

[56]) Dies ist selbst dann zu behaupten, wenn der Kläger durch Verschweigen der Thatsachen, welche dem Geistlichen die Trauung verbieten, den Beklagten zur Eingehung der Civilehe mit ihm vermocht hat. In diesem Falle ist der getäuschte Ehegatte berechtigt, die Gültigkeit der Ehe anzufechten. (S. oben S. 771.) Thut er dies aber nicht innerhalb der gesetzlichen Frist von sechs Wochen seit der Entdeckung des Betruges, so muß er die Ehe, von der er weiß, daß ihr der Segen der Kirche nicht zu Theil werden darf, nunmehr mit allen Folgen und Wirkungen hinnehmen. Er kann daher jetzt auch nicht sagen, der Kläger sei es, welcher ihn durch sein Betragen veranlaßt habe, ihm die Beiwohnung zu verweigern.

[57]) Eine andere Frage ist es, ob ihm auch die Kirche, der er als Mitglied angehört, eine Schuld an der Ehescheidung beizumessen hat. Diese Frage ist zu verneinen. Wer aus Gewissensbedenken, weil er ein Gebot seiner Kirche nicht übertreten mag, sich weigert eine Ehe zu konsummiren, der die Kirche ihren Segen vorenthält, begeht, kirchenrechtlich angesehen, keine unerlaubte noch strafbare Handlung, sondern kommt nur seiner Pflicht nach. Wenn er nach erfolgter Scheidung zu einer zweiten Ehe schreitet, darf ihm die kirchliche Trauung nicht versagt werden. Es liegt hier ein Fall vor, wo bürgerliches und kirchliches Recht sich scheidet, und wo der Begriff der Verschuldung der Ehescheidung nach dem einen Recht anders als nach dem andern zu bestimmen ist. (Vgl. Hinschius zu § 12 Nr. 3 Trauungsordnung vom 20. Juli 1880 Note 4.)

[1]) Ueber die Literatur giebt Glaser, Handbuch des Strafprozesses Bd. II. S. 86 Nr. 1 eine vollständige Uebersicht.

sogar mit demselben rechtlichen Thatbestande zu thun, nur mit dem Unterschiede, daß dieser die Folgen des Rechtsbruchs in öffentlich-rechtlicher Beziehung, jener in privatrechtlicher Beziehung findet und ausspricht. Hat nun der eine Richter seine Entscheidung gefällt, so kann dieselbe zum nachfolgenden Prozesse in einem dreifachen — in der Gesetzgebung und Wissenschaft auch thatsächlich bezeugten — Verhältnisse stehen.

1. Die Vorentscheidung ist für den Nachprozeß präjudiziell, endgültig und unanfechtbar. Sie wirkt auch zukünftig als Wahrheit.

2. Die Vorentscheidung bleibt maßgebend, so lange der interessirte Theil — Anklagebehörde, Angeklagter, Partei, — nicht das Gegentheil, die Unrichtigkeit oder Zweifelhaftigkeit derselben nachzuweisen vermag. Sie wirkt als Interimswahrheit.

3. Die Vorentscheidung ist eine einfache Thatsache, welche je nach den Umständen von Bedeutung sein kann. Die Entscheidung als solche hat fernerhin keinen absoluten oder relativen Werth, und bildet für den späteren Richterspruch keine Schranke. Das Recht auf den Nachweis, die Beweispflicht, die Grundsätze über die Beweislehre überhaupt, bleiben unberührt. Die Vorentscheidung hat kurz gesagt, keine unmittelbare Wirkung.

Das Verhältniß kann — um einen Schulausdruck anzuwenden — nach dieser dreifachen Richtung mit der praesumtio juris et de jure, der praesumtio juris, der praesumtio hominis verglichen werden.

Für ganz Deutschland ist seit 1. Oktober 1879 der Grundsatz zu 3 adoptirt. Freilich, frägt man bei dem sogenannten gesunden Menschenverstande an, oder hält man das kürzeste Verfahren für das richtigste, oder erblickt man in der durch dies Prinzip ermöglichten Verschiedenheit der Urtheile ein schweres Unheil und einen Angriff auf das Ansehen der Rechtspflege, dann wird man lieber einem der beiden ersten Grundsätze den Vorzug geben. Besonders wird man dann im Civilprozeß, in welchem für die Einwirkung häufiger Gelegenheit gegeben ist, der im französischen Rechte geltenden Ansicht, „le criminel emporte le civil" beitreten. Bestimmte doch noch der norddeutsche Entwurf im § 462 unter Zulassung einiger Ausnahmen:

> Ist in einem gerichtlichen Strafverfahren der Angeklagte auf Grund eines Schuldbekenntnisses oder einer Beweiserhebung durch ein inländisches Gericht rechtskräftig verurtheilt, so sind für den

Richter in dem bürgerlichen Rechtsstreit der Thatbestand und die Thäterschaft endgültig festgestellt.[2])

Indessen würden schon die Erwägungen, daß der Kriminalrichter wie Civilrichter eine durchaus selbständige Stellung auszuüben, daß jeder für sich die Wahrheit zu ergründen, daß jeder das Urtheil auf seine, nicht auf eine fremde Ueberzeugung zu stützen hat, genügen, um sich für die gegenseitige Ungebundenheit und Freiheit der Spruchrichter zu entscheiden.

II.

Für den Civilrichter ist diese Unabhängigkeit noch ganz unzweifelhaft vorgeschrieben, indem der § 14 des E.G. zur C.P.O. unter 1 — nach dem Antrage Struckmann — lautet:

Außer Kraft treten insbesondere die Vorschriften über die bindende Kraft der strafgerichtlichen Urtheile für den Civilrichter.[3])

Dadurch sind die anderweitigen Theorien — oben zu 1 und 2 — verworfen. Denn auch nach der Theorie zu 2 war der Civilrichter an die kriminelle Vorentscheidung insoweit gebunden, als er im Falle des fehlenden oder mangelhaften Gegenbeweises die Streitfrage im Sinne jener entscheiden mußte. Dem Civilrichter verbleibt jetzt unter allen Umständen das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht; er darf die Beweisfrage nicht umgehen, mag selbst der civilrechtlich in Anspruch Genommene sich der Streitfrage gegenüber bloß verneinend verhalten.

Durch die allegirte Vorschrift ist indessen dem Strafurtheil nicht jede Kraft und Wirkung genommen. Der Nachdruck liegt auf dem Worte „bindende"; der Zwang, welcher in dem Gebote lag, ist beseitigt, aber es ist dem Civilrichter keineswegs verboten und untersagt, dem Strafurtheil zu folgen. Der Civilrichter kann z. B. vollberechtigt sagen: die vorgetragenen Entscheidungsgründe des Strafrichters sind auch für mich so überzeugend, daß ich die Körperverletzung oder den Wucher, auf welche der Civilanspruch gestützt

---

[2]) Die präjudizielle Natur auch bezüglich des freisprechenden Urtheils hat unsers Wissens nur der Kanton Zürich im Gesetze von 1852 aufgenommen, da der § 13 verordnet: Die Entscheidung über Schuld oder Nichtschuld im Strafurtheil soll für das damit zusammenhängende Civilurtheil maßgebend sein.

[3]) Nichts Neues für das Geltungsgebiet des Pr. Landrechts — Pl.B. vom 15. Dez. 1856, Entsch. Bd. 34 S. 19, Goltdammer Bd. V. S. 344; wohl aber z. B. für den Bereich des code, für Sachsen (G. v. 1. Okt. 1868 Art. 449), für Württemberg (C.P.O. 1868 Art. 7).

wird, für erwiesen erachte (§ 259 C.P.O.). Dies wird sogar als Regel gelten. Selbst, wo nur ein schwurgerichtliches Urtheil — also lediglich die nackte strafrechtliche Feststellung ohne jede nähere Motivirung — vorliegt, wird sich eine neue oder erneute Beweisaufnahme regelmäßig erübrigen. Einmal kann das unter den verschiedensten Garantien gefundene Strafurtheil schon an sich einen gewissen Grad von Richtigkeit beanspruchen. Sodann wird sich die Partei auf das Aktenmaterial und die einzelnen Beweisverhandlungen der Strafakten berufen, und der Civilrichter dieselben, — wie andere Protokolle und Urkunden, s. civ. E. des R.G. Bd. 15, 335 — benutzen dürfen.

Von dieser Auffassung ist auch die Justizkommission bei Annahme der Vorschrift ausgegangen (Protokolle S. 643). So bemerkte Lasker:

> Der Civilrichter werde in den allermeisten Fällen die strafrichterliche Feststellung seinem Urtheile zu Grunde legen, so viel Zutrauen müsse man zu dem Richter haben, in dessen freie Beurtheilung der Civilprozeß eine so große Entscheidungskraft lege. Aber für äußerste Fälle, in denen der Grund zum Abweichen von der strafrichterlichen Feststellung mit überwältigender Kraft hervortrete, müsse Abhilfe gegeben werden.

Nur die Unfehlbarkeit des Kriminalurtheils verwirft der Gesetzgeber, ohne dessen möglichen Werth zu verkennen oder zu verwerfen. Dies geht evident aus § 543 Nr. 6 C.P.O. hervor, wo ausdrücklich des Falles gedacht wird, wenn der Civilrichter sein Urtheil auf das Strafurtheil *gegründet* hat. Der Civilrichter *kann* dies also thun, kann das Strafurtheil zur Basis seines Urtheils machen. Wohlgemerkt, der Civilrichter kann seine Entscheidung auf das *Urtheil*, als ungetheiltes Ganze gedacht, nicht etwa auf die *Verurtheilung* des Strafrichters stützen. Er kann also sagen: die Begründung des Strafrichters, der Urtheilsinhalt überzeugt mich von der vorsätzlichen Körperverletzung seitens des Beklagten, und ich verurtheile ihn deshalb zum Schadensersatz; aber er darf nicht sagen: *weil* Beklagter dort verurtheilt worden ist, verurtheile auch ich ihn.

Der Civilrichter kann nicht gleich dem Kriminalrichter — siehe unter III. — sein Verfahren oder seine Entscheidung aussetzen, weil die konnexe Strafsache anhängig ist oder anhängig werden wird, denn die §§ 139, 140 C.P.O., die über diese Materie handeln, haben inhaltlich andere Voraussetzungen. Dagegen können die Par-

teien bei dergleichen Sachlage verabreden, sei es ausdrücklich, sei es durch bloßes Nichterscheinen, daß der Prozeß bis zur Erledigung des Strafverfahrens ruhe (§ 228 a. a. O.), und einem solchen Vorgehen wird auch richterlicherseits mit Rücksicht auf Kostenersparung und auf den bestehenden Zusammenhang aller Vorschub zu leisten sein.

III.

Für den Kriminalrichter existirt eine solche ausdrückliche Vorschrift allerdings nicht; indessen auch für ihn gilt derselbe Grundsatz, dieselbe Spruchfreiheit und Spruchselbständigkeit. Dies folgt mit Nothwendigkeit aus § 261 Str.P.O.

> Hängt die Strafbarkeit einer Handlung von der Beurtheilung eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses ab, so entscheidet das Strafgericht auch über dieses nach den für das Verfahren und den Beweis in Strafsachen geltenden Vorschriften.
>
> Das Gericht ist jedoch befugt, die Untersuchung auszusetzen und einem der Betheiligten zur Erhebung der Civilklage eine Frist zu bestimmen oder das Urtheil des Civilgerichts abzuwarten.

Darnach hat der Kriminalrichter das bürgerliche Verhältniß stets und ausnahmslos, also auch, wenn bereits ein civilrechtliches Erkenntniß dieserhalb vorliegt, für sich von Neuem — unter eigener Verantwortung und Begründung — zu entscheiden. Selbst wenn der Strafrichter von der im Absatz II gestatteten Befugniß Gebrauch gemacht, und sozusagen die Civilentscheidung selber vorweg verlangt, somit auf diese sichtbares Gewicht gelegt hat, ist er an deren Ergebniß, mag dieses zu Gunsten oder zum Nachtheil des Angeklagten ausfallen, nicht gebunden. Letzteres folgt aus dem Zusammenhang beider Absätze in Verbindung mit der apodiktischen Fassung des ersten Absatzes; es wird auch noch durch die Motive bestätigt, welche ganz allgemein bemerken:

> Welche Bedeutung der Entscheidung des Civilrichters demnächst im Strafverfahren beizulegen sein wird, das muß wiederum in jedem einzelnen Falle dem Ermessen des Strafrichters überlassen bleiben; denn auch hierüber lassen sich Regeln, welche auf alle Fälle gleichmäßig passen, nicht aufstellen.

Auch hier, im umgekehrten Falle, ist die Gefahr widersprechender Aussprüche nicht groß, auch in diesen Fällen wird der Kriminalrichter nur selten, bei ganz besonderer Sachlage, Veranlassung finden,

von der Civilentscheidung abzuweichen. Derselbe wird in Sonderheit erwägen, daß, wenngleich er für die Streitfrage auch kompetent ist, der andere naturgemäß kompetenter und geeigneter ist. Er wird nicht außer Acht lassen können die Garantie, welche das gegenwärtige kontradiktorische Prozeßverfahren mit seinen Rechtsmittelinstanzen für die Richtigkeit der Vorentscheidung bietet. Entgegengesetzte Entscheidungen werden zwar vorkommen; sie schädigen aber nicht, sondern heben den Rechtssinn. Wir erinnern z. B. an den Fall, wo der Civilrichter dem Rechtsanwalt die Gebühren zugesprochen und die Liquidation als richtig anerkannt hat, während der Kriminalrichter die Unrichtigkeit derselben feststellte und den Liquidanten wegen wissentlicher Gebührenüberhebung aus § 352 St.G.B. bestrafte (s. Str.Entsch. des Reichsg. Bd. 14, S. 364).

IV.

Ganz anders liegt die Sache, wenn der Civilrichter durch seine Entscheidung nicht nur ein Recht anerkennt, — was berufsmäßig die Regel bildet — sondern dasselbe geradezu schafft, wie dies z. B. bei Theilungs-, Grenzscheidungs-, Grenzerneuerungs-, Entmündigungs-, Statusklagen der Fall ist. Hier muß dann dem Civilurtheil unentwegt Folge geleistet werden; eine „Beurtheilung" des bürgerlichen Verhältnisses steht unter diesen Umständen überhaupt nicht in Frage, sondern dasselbe ist gegeben, vorhanden und dem Schutze des Kriminalrichters unzweideutig überwiesen. Wenn also in einem Rechtsstreit vom Civilrichter die Grenzen bestimmt und errichtet worden sind, demnächst der Grenznachbar im Strafverfahren wegen Verrückung dieser Grenzen aus § 274 Nr. 2 St.G.B. verfolgt wird, so kann er mit seiner Vertheidigung, die Grenzen seien im Civilverfahren unrichtig ermittelt, nicht gehört werden. Eben sowenig kann, wenn eine Frauensperson durch den Civilrichter für geisteskrank erklärt worden und hierauf die im § 176 Nr. 4 St.G.B. vorgesehene Strafthat begangen ist, der Beschuldigte mit der Behauptung auftreten, die Person sei gar nicht geisteskrank.

Die Sachlage ist ferner eine andere, wenn die Vorentscheidung für den erkennenden Richter die Natur einer Bedingung hat, sein Spruch von jenem Spruch abhängig gemacht ist. Auch hier kann der Richter jene Vorabentscheidung nicht bemängeln, prüfen oder anders entscheiden; sie bindet und zwingt ihn, und ebenso ist die Behauptung, daß jene rechtskräftige Vorentscheidung materiell un-

richtig sei, als Vertheidungsmittel ausgeschlossen. Der Nachrichter hat über die Existenz, nicht über die Wahrheit der Bedingung mitzuerkennen.

Wenn daher Anklage aus den §§ 170, 172, 238 St.G.B. erhoben wurde, so ist jede Prüfung, ob die Ehe vom Civilrichter zutreffend aufgelöst worden ist, unstatthaft (s. Goltdammer, Archiv, Bd. III. S. 702, Bd. VIII. S. 270). Ebenso muß der Kriminalrichter die Wiederaufnahme des Verfahrens anordnen, wenn sein Urtheil auf ein civilgerichtliches gegründet, und letzteres in der Folge aufgehoben wird (§ 399 Nr. 4 St.P.O.).

Für den Civilrichter kommen in dieser Beziehung die Restitutionsfälle der Civilprozeßordnung im § 543 Nr. 1 bis 5 in Betracht; das darauf bezügliche Kriminalurtheil ist, sowohl für den Richter wie für die Partei unanfechtbar.

Hierher ist ferner der Fall zu rechnen, wenn die Ehescheidung auf die vom anderen Theile erlittene infamirende Freiheitsstrafe gestützt wird. Eine Nachprüfung über die Richtigkeit des Kriminalurtheils von Amtswegen ist ebenso unzulässig wie der Einwand des Beklagten, er habe das Verbrechen nicht begangen oder die That sei ihm nicht anzurechnen. Denn nicht das Verbrechen, sondern die infamirende Strafe ist Scheidungs- und Klagegrund, auch nach preußischem Landrechte. Es folgt dies aus der Entstehungsgeschichte des § 704 II. 1 A.L.R. (s. Gruchot, Bd. 18, S. 152). Es folgt dies ferner aus dem Umstande, daß eine Ehescheidungsklage, welche sich auf das Begehen des Verbrechens, nicht auf die Verurtheilung stützte, ohne Weiteres als unsubstanziirt abgewiesen werden müßte. Eine Nachprüfung würde zudem gegen die vorliegende ratio legis verstoßen. Der Gesetzgeber scheidet im gedachten Falle aus dem Grunde die Ehe, weil der unschuldige Ehegatte zur Theilnahme an der Unehre und Schande, welche eine solche Strafe nach sich zieht, nicht gezwungen werden soll: die Lebensgemeinschaft soll nicht zur Ehrenminderung führen. Ein solcher Zwang würde aber bei Zulassung des Unschuldsbeweises ausgeübt werden, da die Unehre nicht mit dem Erlaß des die Unschuld anerkennenden Civilurtheils, sondern erst mit Aufhebung des Kriminalurtheils, der Beseitigung der Strafe aufhört.

In einem neuerlichen Prozesse war die Scheidung gestützt auf die infamirende Strafe, welche der beklagte Ehemann wegen vorsätzlicher Brandstiftung erlitten hatte. Der Beklagte behauptete,

unschuldig verurtheilt worden zu sein, und schob seiner Ehefrau den Eid darüber zu, daß sie wisse bezw. selber mit angesehen habe, wie das Feuer nicht von ihm, sondern von ihrem eigenen Vater — seinem Schwiegervater — angelegt worden sei. Das Ehegericht erklärte diesen Eid auf Grund vorstehender Erwägungen für unerheblich und sprach ohne weiteres die Trennung der Ehe aus.

Auch das preußische Obertribunal hat im Ehescheidungsprozeß die Unschuldsfrage wiederholt für ausgeschlossen erklärt (Strieth. Bd. 23 S. 302, Bd. 82 S. 130), und das Reichsgericht ist dieser Ansicht beigetreten (Gruchot Bd. 27 S. 960, Entsch. Bd. 13 S. 196, Bolze Bd. IV Nr. 859), indem es noch bemerkt, daß der § 14 des E.G. z. C.P.O. darin nichts geändert habe.

Wenn Dernburg (Lehrbuch III, § 18 Not. 34), Rehbein und Reincke, ferner Hinschius im Koch'schen Kommentar anderer Ansicht sind und davon ausgehen, daß das Ehegericht jetzt wegen der Bestimmung des § 14 zu einer materiellen Prüfung des Kriminalurtheils verpflichtet sei, so ist dieser Anschauung aus den angeführten Gründen zu widersprechen. Die unter IV erwähnten Einzelfälle sind nach dem Vorgetragenen nur anscheinende, aber nicht wirkliche Ausnahmen oder Einschränkungen des Grundsatzes über die Unabhängigkeit der Spruchrichter.

Der zuletzt gedachte, dem Eherechte angehörige Fall wird voraussichtlich künftighin gegenstandslos werden. Denn im Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches (§ 1444) wird bestimmt, daß das ehrlose oder unsittliche Verhalten, insbesondere ein nach Schließung der Ehe begangenes entehrendes Verbrechen oder Vergehen des einen Ehegatten dem anderen Ehegatten zuvörderst übrigens nur das Recht auf Trennung von Tisch und Bett giebt. Darnach ist nicht mehr die kriminelle Verurtheilung das vorausgesetzte und entscheidende Moment, sondern die Vornahme der Strafthat, so daß der Civilrichter das Vorhandensein der letzteren unter allen Umständen zu prüfen und festzustellen haben wird. Selbst wenn die Strafverfolgung nicht stattfand oder nicht stattfinden kann, ist die Civilklage zulässig.

21.

Ueber die Kostenentscheidung bei Theilurtheilen.

Entgegnung auf die Abhandlung des Herrn Senats-Präsidenten Wex, Bd. 33 S. 281 der „Beiträge".

Von Herrn Amtsrichter Jastrow in Berlin.

Ueber die Frage, ob in einem Theilurtheil eine Entscheidung betreffs der Verbindlichkeit zur Kostentragung zu erlassen ist, ist S. 281 ff. des laufenden Jahrgangs dieser „Beiträge" eine Abhandlung von Wex abgedruckt, welche zu Ergebnissen gelangt, die von der bisherigen Gerichtspraxis völlig abweichen.[1]) Soviel dem Schreiber dieser Zeilen bekannt ist, geht die letztere überwiegend dahin, den Kostenpunkt in Theilurtheilen regelmäßig nicht zu entscheiden, und nur in formaler Beziehung differiren die betreffenden Gerichte: einzelne halten es für erforderlich, in der Urtheilsformel die Kostenentscheidung ausdrücklich für später vorzubehalten, andere begnügen sich mit einem solchen Vorbehalt in den Gründen, noch andere halten den Vorbehalt überhaupt für überflüssig, weil selbstverständlich. Dem gegenüber vertritt Wex die Ansicht, daß die Entscheidung des Kostenpunktes für jedes Theilurtheil gesetzlich unerläßlich ist; diese Entscheidung will Wex aber nicht in der Verurtheilung der unterliegenden Partei zur Tragung einer bestimmten Quote der Kosten erblicken; er entwickelt vielmehr folgendes System: das Theilurtheil hat nur auszusprechen, welche Partei „die sämmtlichen Kosten, welche auf den auf das Theilurtheil entschiedenen Theil des Rechtsstreits entfallen, zu tragen hat"; eine gleiche Entscheidung trifft das Schlußurtheil[2]) bezüglich desjenigen Theiles des Rechtsstreits, welcher in diesem Urtheil zur Erledigung gelangt; in dem Verhältniß, in welchem diese Theile des Rechtsstreits zahlenmäßig zu einander stehen,

---

[1]) Die Ansichten der Schriftsteller über die Frage sind bei Wex a. a. O. S. 281 und bei Struckmann-Koch zu § 273 Anm. 3 (5. Aufl.) zusammengestellt; es ist deshalb im Folgenden ein wiederholtes Zitiren vermieden.

[2]) In der vorliegenden Abhandlung werden die Worte „Schlußurtheil" und „Gesammturtheil" in folgendem Sinne gebraucht: Schlußurtheil bezeichnet dasjenige Endurtheil, welches nach Voraufgehen von einem oder mehreren Theilurtheilen den letzten Theil des Rechtsstreits entscheidet. Gesammturtheil ist ein Endurtheil, welches, ohne daß ein Theilurtheil voraufgegangen wäre, den gesammten Rechtsstreit zur Endentscheidung bringt. Unter beide Begriffe fallen auch bedingte Endurtheile.

werden alsdann die Kosten erforderlichen Falles vertheilt; schon bei Erlaß des Theilurtheils werden indessen die den erledigten Theil des Rechtsstreits betreffenden Kosten zum Ansatz gebracht; beim Schlußurtheil findet dann event. eine Berichtigung des Ansatzes nach Maßgabe des Verhältnisses der betreffenden Theile des Rechtsstreits zu einander statt. Wenn also z. B. bei einem Rechtsstreit über 9000 M. ein Theilurtheil auf Verurtheiluug in Höhe von 6000 M. ergeht, so wird die Entscheidungsgebühr[3]) nach letzterem Objekte mit 74 M. vom Beklagten erhoben; wenn demnächst in Höhe des Restes von 3000 M. ein abweisendes Urtheil ergeht, so werden, da die Entscheidungsgebühr bei einem Objekte von 9000 M. im Ganzen nur 90 M. beträgt und 74 M. schon erhoben sind, nur noch 16 M. und zwar vom Kläger erhoben. Da aber von der gesammten Gebühr von 90 M. nach richtigem Verhältniß der Kläger ein Drittel, also 30 M. und der Beklagte zwei Drittel, also 60 M. zu tragen hat, Beklagter danach 14 M. zu viel gezahlt hat, so giebt der Gerichtsschreiber dem Kläger die Erstattung von 14 M. an den Beklagten auf.[4]) Stellen die einzelnen Theile des Rechtsstreits sich nicht in Geldsummen dar, so wird der Werth jedes einzelnen Theiles nach § 16 G.K.G. durch Gerichtsbeschluß festgesetzt und danach die Berechnung angelegt. So das Wex'sche System. Wie es mit dem Festsetzungsverfahren betreffs der außergerichtlichen Kosten gehalten werden soll, hat Wex nicht dargelegt. Es bleibt hier dahingestellt, ob und mit welchen Resultaten ein solches Verfahren nach den Wex'schen Prinzipien zu ermöglichen sein möchte, denn es ist die Absicht dieser Zeilen, die Unrichtigkeit sowie die Undurchführbarkeit

---

[3]) Für die übrigen Gebühren findet, insoweit sie den ganzen Rechtsstreit betreffen, das gleiche Verfahren statt (Wex S. 295).

[4]) Worauf eine Befugniß des Gerichtsschreibers gegründet werden soll, eine Entscheidung unter den Parteien darüber zu treffen, was diese einander an Kosten zu erstatten haben, ist unbegründet gelassen; für die als Ausgangspunkt genommene Vertheilungsthätigkeit des Gerichtsschreibers überhaupt ist angeführt, es werde letzterem „dadurch durchaus nichts Ungebührliches zugemuthet; es entspricht das im Gegentheil vollkommen der vielfach selbständigen Thätigkeit, welche derselbe nach den Grundsätzen der C.P.O. im Prozeßbetriebe zu entwickeln hat." Dabei scheint übersehen zu sein, daß es eine gesetzliche Vorschrift, welche dem Gerichtsschreiber die Kostenberechnung zuweist, überhaupt nicht giebt; die betreffenden lediglich reglementarischen Einrichtungen Preußens scheinen die Grundlage der Wex'schen Ausführung gebildet zu haben.

des gesammten Systems darzuthun und für die Richtigkeit der entgegengesetzten Praxis einzutreten.

I.

Was Wex zur Begründung seiner Ansicht anführt, ist lediglich die Behauptung, daß jedes Theilurtheil den bisherigen einen Rechtsstreit „in mehrere Rechtsstreite zerlegt", so daß „für jeden dieser besonderen Rechtsstreite nunmehr die Vorschriften der §§ 87 ff. der C.P.O. zur Anwendung zu bringen sind". Der Beweis für die erwähnte zerlegende Wirkung des Theilurtheils wird ausschließlich darin gesucht, daß „jedes Theilurtheil ein wahres Endurtheil ist" (S. 282). Diese Theorie ist anscheinend nur durch die nicht sprachgemäße Mehrheitsbildung „Rechtsstreite" ermöglicht worden; die ungewöhnliche Wortbildung hat nach diesseitiger Meinung zugleich eine Undeutlichkeit des Begriffes zur Folge. Wenn nämlich der Umstand, daß „jedes Theilurtheil ein wahres Endurtheil ist", genügen soll, um die mehreren durch Theilurtheil abgeschlossenen Prozeduren als „besondere Rechtsstreite" anzusehen, dann stellen z. B. auch das durch ein bedingtes Endurtheil abgeschlossene Verfahren und das nachherige Läuterungsverfahren „besondere Rechtsstreite" dar; denn es ist nicht zu bezweifeln, daß sowohl das bedingte Urtheil als das Läuterungsurtheil wahre Endurtheile sind. In der That ist dies in gewissem Sinne auch richtig: man kann nämlich das Wort „Rechtsstreit" in einer weiteren Bedeutung gebrauchen und in diesem Sinne jeder irgendwie vom Gesammtprozesse sich abhebender Einzelprozedur den Namen eines besonderen Rechtsstreites beilegen. So kann man von dem „Rechtsstreit" über die prozeßhindernde Einrede sprechen, so von dem „besonderen Rechtsstreit" über das Läuterungsverfahren, über die Vertheidigungsmittel, deren Geltendmachung dem Beklagten vorbehalten ist (§ 503 C.P.O.) u. s. w. Gegen diese Anwendung des Wortes „Rechtsstreit" im weiteren Sinne läßt sich nichts einwenden. Aber daraus irgend eine Konsequenz für die selbständige Anwendung der §§ 87 ff. C.P.O. zu ziehen, heißt unterstellen, daß im § 87 das Wort: „Rechtsstreit" in diesem weiteren Sinne gebraucht ist. Dies ist aber keineswegs der Fall. Wenn § 87 ausspricht:

„Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen"

so ist hier das Wort „Rechtsstreit" identisch mit „Prozeß," und es ist nur der Satz zum Ausdruck gelangt, daß die im Endresultate im Prozesse unterliegende Partei die Kosten des letzteren zu tragen hat. Keineswegs aber besagt § 87, daß in jeder einzelnen Prozedur,

die man sich begrifflich als einen besonderen Rechtsstreit konstruiren kann, die dort unterliegende Partei die Kosten zu tragen habe. Um die Anwendung der Kostenvorschriften auf solche Prozeduren richtig zu finden, muß man vielmehr die Stellung dieser Prozedur im Gesammtprozeß untersuchen, eine Untersuchung, die bei den verschiedenen Prozeduren zu verschiedenen Ergebnissen führt, so z. B. bei der Verwerfung einer prozeßhindernden Einrede zu dem Ergebniß, daß regelmäßig keineswegs der im Rechtsstreit über die Einrede unterliegende Beklagte die betreffenden Kosten zu tragen hat, sondern vielmehr derjenige Theil, welcher demnächst in der Hauptsache unterliegt.[5]) Deshalb beweist die Existenz von „besonderen Rechtsstreiten" ganz und gar nicht, daß für jeden Rechtsstreit gesondert die §§ 87 ff. zur Anwendung zu bringen sind. Dieser Beweis würde nur dann erbracht sein, wenn diese „besonderen Rechtsstreite" zu einander das Verhältniß selbständiger Prozesse hätten: mit anderen Worten wenn durch das Theilurtheil der Prozeß in „mehrere Prozesse zerlegt" würde. Sollte Wex dies zu sagen beabsichtigt haben, dann ist sein Satz aber unrichtig. Die C.P.O. steht vielmehr auf dem entgegengesetzten Standpunkt. Der § 136 bestimmt, wann und in welcher Form das Gericht aus einem Prozesse mehrere „getrennte Prozesse" machen darf. Wenn demnächst § 273 allgemein für jeden Prozeß bestimmt, daß das Gericht bei Spruchreife eines von mehreren Ansprüchen oder eines Theiles seines Anspruches ein Theilurtheil erlassen solle, so ist der Gegensatz dieser Prozeduren in unzweideutiger Klarheit ausgedrückt: dort die Herstellung mehrerer Prozesse, hier das Verbleiben eines Prozesses, in welchem mehrere wahre Endurtheile ergehen. Ganz besonders zeigt sich das Nichtvorliegen mehrerer Prozesse übrigens gerade im Kostenpunkt und zwar nach Wex' eigenen Ausführungen. Würden nämlich durch das Theilurtheil mehrere gesonderte Prozesse hergestellt, so müßten nothwendig die Kosten auch für mehrere Prozesse liquidirt werden, also in dem oben unterstellten Falle einmal die Gebühr eines Objekts von 6000 Mark und alsdann noch die volle Gebühr eines Objekts von 3000 Mark. In der That geschieht dies auch bei der Verhandlung „in getrennten Prozessen" im Falle des § 136 C.P.O. und Wex selbst macht in einer anderen Abhandlung[6]) darauf auf-

[5]) Vgl. Urtheil des Reichsgerichts v. 4. Febr. 1885 (Entsch. Bd. 13 S. 413).

[6]) „Die Verhandlung in getrennten Prozessen in Gemäßheit der Vorschrift des § 136 C.P.O." in diesen Beiträgen Bd. 31 S. 248 ff., vgl. S. 253 daselbst.

merksam, daß solche Trennung aus diesem Grunde die Prozeßkosten erhöhe. Im vorliegenden Falle dagegen berechnet Wex selbst im Endresultate die Kosten nur nach einem Objekte von 9000 Mark und zwar nicht nur betreffs der vor dem Erlaß des Theilurtheils liegenden Akte, sondern auch betreffs der späteren Akte. Damit erscheint gerade in Bezug auf das Kostenwesen der Satz anerkannt, daß trotz des Theilurtheils nur ein Prozeß vorhanden ist. Dieser Satz liegt endlich auch der von Wex vorgenommenen Theilung der Kosten zwischen Kläger und Beklagten nach dem Verhältniß des gegenseitigen Obsiegens und Unterliegens zu Grunde. Denn diese Theilung ist nichts anderes, als eine Anwendung des § 88 Abs. 1 C.P.O. auf den ganzen Rechtsstreit als einen einheitlichen; eine andere gesetzliche Grundlage für die Theilung hat Wex nicht angegeben.

II.

Der Wex'sche Standpunkt ist aber nicht nur prinzipiell unrichtig, er erweist sich vielmehr, wenn man den Probirstein der Praxis anlegt, theils als überhaupt undurchführbar, theils als zu falschen Resultaten führend.

Hervorgehoben muß hierbei werden, daß die Wex'sche Ansicht nicht etwa dahin geht, daß es nur empfehlenswerth und zweckmäßig ist, den Kostenpunkt im Theilurtheil zu entscheiden, sondern vielmehr dahin, daß diese Entscheidung eine aus dem Wesen des Theilurtheils folgende gesetzliche Nothwendigkeit ist. Nun giebt es aber ganze Gruppen von Fällen, in denen zur Zeit die Hauptsache, aber nicht der Kostenpunkt zur Entscheidung reif ist. Vorerst gehören die Fälle des § 89 C.P.O. hierher: der Beklagte erkennt den Klageanspruch sofort an, behauptet aber, zur Klage keine Veranlassung gegeben zu haben, und verlangt die Verurtheilung des Klägers in die Kosten, also z. B. er wendet ein, die Zahlung dem Gläubiger vergeblich offerirt zu haben, oder die Schuld sei Holschuld und es habe sich bei ihm Niemand zum Abholen eingefunden; oder der in der Exekutions-Intervention Beklagte erklärt, daß er zur Freigabe nicht, oder nicht in gehöriger Art aufgefordert worden sei. Wenn diese thatsächlichen Momente vom Kläger bestritten werden und deshalb einer Beweisaufnahme bedürfen, so muß man fragen: wie ist es möglich anders zu verfahren, als ein Theilurtheil gerade nur über die Hauptsache zu erlassen und den Kostenpunkt später in einem

Schlußurtheile zu entscheiden, zumal der Kläger beim Anerkenntnisse des Beklagten sogar ein unbedingtes, vom richterlichen Ermessen ganz unabhängiges Recht auf die Verurtheilung in den Grenzen des Anerkenntnisses hat (§ 278 C.P.O.)?

Der Fall des § 89 kann auch kombinirt mit der Spruchreife nur eines Theiles des Anspruches auftreten. Der Beklagte erkennt z. B. von einem eingeklagten Darlehn von 100 M. nur einen Theil von 40 M. an, will aber auch dieserhalb keine Kosten tragen, weil er die 40 M. dem Kläger angeboten habe, der sie indessen als Theilbetrag nicht habe annehmen wollen. Hier sind die anerkannten 40 M. zuzusprechen, aber die Entscheidung darüber, ob der Beklagte in Bezug auf diesen Theil des Rechtsstreits kostenpflichtig ist, hängt, abgesehen von der Frage, ob er die 40 M. vergeblich angeboten hat, noch ferner von dem Schicksal des Restes von 60 M. ab. Selbst wenn der Kläger die Annahmeweigerung zugestehen würde, wäre der Kostenpunkt betreffs der 40 M. nicht spruchreif; denn wenn der Kläger nach dem einschlägigen materiellen Recht Theilzahlungen nicht anzunehmen braucht, so hängt die Frage, ob die Annahmeweigerung gerechtfertigt war, und deshalb der Beklagte zur Klage Veranlassung gegeben hat, gerade davon ab, ob festgestellt wird, daß die eingeklagte Forderung in einem höheren Betrage als 40 M. zu Recht bestand, mithin von einer Feststellung, die gerade den Gegenstand des Schlußurtheils zu bilden hat.

Noch andere Fälle giebt es, in denen der obsiegende Theil unter gewissen Umständen die Kosten zu tragen hat, während gleichwohl nach der Natur der Sache im Theilurtheil noch nicht festgestellt werden kann, ob diese Umstände vorliegen. Hierher gehört der § 88 Abs. 2 C.P.O. Die gedachte Vorschrift bestimmt für den Fall, daß jede Partei theils obsiegt, theils unterliegt:

> „Das Gericht kann der einen Partei die gesammten Prozeßkosten auferlegen, wenn die Zuvielforderung der anderen Partei eine verhältnißmäßig geringfügige war und keine besonderen Kosten veranlaßt hat, oder wenn der Betrag der Forderung der anderen Partei von der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittelung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhängig war."

Nun denke man sich folgenden Fall: Von den eingeklagten 500 M. sind 20 M. zur Zuerkennung reif; der Rest dagegen ist

noch nicht spruchreif; der Kläger verlangt ein Urtheil in Höhe des spruchreifen Theiles. Das Gericht ist nun entschlossen, falls der Kläger später in Höhe der übrigen 480 M. abgewiesen werden sollte, ihm auf Grund der zitirten Vorschrift trotz des Obsiegens mit 20 M. alle Kosten aufzuerlegen, während dies natürlich dann nicht angeht, wenn der Kläger mit den restirenden 480 M. ganz oder zu einem erheblichen Theile durchdringen sollte. Oder: der Kläger klagt aus langjähriger Geschäftsverbindung ein Guthaben von 1000 M. ein, dessen Feststellung von einer gegenseitigen Berechnung abhängig ist. Der Beklagte, welcher seine Berechnung aufmacht, will dem Kläger gar nichts mehr schulden, weil er gleich hohe Gegenforderungen vorschützt. Das Gericht gelangt nach vielen Erörterungen dazu, die Klage in Höhe von 200 M. durch Theilurtheil abzuweisen; es ist aber der Meinung, daß, wenn der Kläger in Höhe des Restbetrages von 800 M. obsiegen sollte, dem Beklagten die gesammten Kosten auferlegt werden sollen, weil der Betrag der klägerischen Forderung von einer gegenseitigen Berechnung abhängig war. Von einer solchen Begünstigung des Klägers kann aber dann keine Rede sein, wenn er etwa mit den restirenden 800 M. gleichfalls abgewiesen werden sollte; denn die Befugniß des Gerichts, der einen Partei auf Grund des § 88 Abs. 2 C.P.O. die Kosten allein aufzuerlegen, hat ein theilweises Obsiegen und theilweises Unterliegen jeder Partei zur Voraussetzung. Auch in diesem Falle ist es danach undenkbar, daß diejenige Kostenentscheidung, die das Gericht für die richtige hält, ihren Ausdruck im Theilurtheil finden kann. Die Entscheidung hängt vielmehr gerade davon ab, ob die Partei, welche im Theilurtheil unterliegt, bezüglich des noch unentschiedenen Theiles obsiegen wird oder nicht. Also die Voraussetzung des Wex'schen Systems, daß der Kostenpunkt betreffs des durch Theilurtheil erledigten Theiles durchaus unabhängig von dem Schicksal des Restes des Rechtsstreites ist, erscheint unrichtig; es giebt vielmehr Fälle, in denen die Frage, wer in Bezug auf das Theilurtheil kostenpflichtig ist, gerade davon abhängt, wie die Entscheidung in Bezug auf den Rest des Rechtsstreites ausfallen wird.

Ein weiterer Kreis von Bedenken zeigt sich, wenn man speziell auf die von Wex vorgeschlagene Art der Kostenentscheidung näher eingeht. Zunächst beruht letztere nach diesseitiger Auffassung auf einer unrichtigen Auslegung des § 88 Abs. 1 C.P.O.:

„Wenn jede Partei theils obsiegt, theils unterliegt, so sind

die Kosten gegen einander aufzuheben oder verhältnißmäßig zu theilen."

Diese Vorschrift besagt, daß das Gericht das Verhältniß festzusetzen hat, in welchem die Parteien an der Kostentragung sich zu betheiligen haben, während Wex diese Thätigkeit dem Gerichtsschreiber bei der Kostenberechnung zuweisen will.[7]) Sodann aber unterstellt Wex, daß dasjenige, was das Gesetz als „verhältnißmäßige" Theilung bezeichnet, immer und durchaus die Theilung nach dem reinen und genauen Zahlenverhältniß bedeutet. Dem steht die — es ist wohl nicht zu viel gesagt — einhellige Gerichtspraxis entgegen. Wenn von geforderten 20000 M. dem Kläger durch Gesammturtheil 4586,88 M. zuerkannt werden, während er in Höhe von 15413,12 M. abgewiesen wird, so dürfte es im ganzen Reiche kein Gericht geben, welches erkennt, der Kläger solle von den Kosten $\frac{15413,12}{20000}$ und der Beklagte $\frac{4586,88}{20000}$ tragen; man vertheilt vielmehr die Kosten nur in einem ungefähren Verhältnisse nach billigem Ermessen, also vorliegend vielleicht von $^4/_5$ zu $^1/_5$. Inwiefern dies anders sein soll, wenn über die einzelnen Beträge durch gesonderte Urtheile erkannt wird, ist nicht ersichtlich. Es kommt aber hinzu, daß bei Festsetzung der „verhältnißmäßigen" Theilung die Zahl allein, wenngleich das wichtigste, so doch nicht das ausschließliche Moment ist. Es darf vielmehr vom Gericht auch berücksichtigt werden, daß der eine Theil des Streitgegenstandes besonders viele Kosten veranlaßt hat, und es ist gestattet, dies in der Art zum Ausdruck zu bringen, daß man aus diesem Grunde das sich sonst ergebende Verhältniß zu Ungunsten derjenigen Partei, welche die Mehrkosten zu tragen hätte, in etwas verschiebt. Endlich darf es wohl als die allgemeine Ansicht bezeichnet werden, daß es auch gestattet ist, der einen Partei eine bestimmte Summe als Kostenantheil und der anderen Partei alle übrigen Kosten aufzuerlegen.[8]) Für alle diese vom Gesetze gestatteten und im Interesse

---

[7]) Es muß hier wiederholt darauf hingewiesen werden, daß, wie schon oben bemerkt, die Wex'sche Theilung der Kosten nach dem Verhältnisse der Summen in den beiden Urtheilen nichts anderes ist, als die Anwendung des § 88 C.P.O. auf den einheitlich gedachten Rechtsstreit; vgl. übrigens wegen des Gerichtsschreibers noch oben Anm. 4.

[8]) Vgl. Motive zur C.P.O. S. 113. Struckmann-Koch zu § 88 C.P.O. Anm. 3; Wilmowski-Levy ebenda Anm. 2. Urth. d. R.G. v. 16. Januar 1886 im preuß. J.M.Bl. 1886 S. 65.

einer billigen Kostenvertheilung nicht zu entbehrenden Handhaben versagt die Wex'sche Theorie; ganz ebenso für die — im rein praktischen Interesse gegebene — Befugniß des Gerichts, die Kosten nicht verhältnißmäßig zu theilen, sondern „gegen einander aufzuheben“ und dadurch ein Kostenfestsetzungsverfahren vermeidlich zu machen. Die Wex'sche Theorie ist sonach mit einer sachgemäßen Handhabung der im § 88 C.P.O. dem Gericht gegebenen Befugnisse unvereinbar.

Aber es ist überhaupt unrichtig, wenn Wex davon ausgeht, daß beim Erlaß mehrerer Theilurtheile (bez. eines Theil- und eines Schlußurtheils) die mehreren Urtheile in Bezug auf die Kostenvertheilung immer zu einander in demselben Zahlenverhältnisse stehen, wie die Streitgegenstände, über welche die Urtheile entscheiden. Diese Voraussetzung trifft z. B. nicht zu bei der Kombinirung eines prinzipalen und eines eventuellen Antrages, wenn durch Theilurtheil der prinzipale Antrag abgewiesen wird. Der Verkäufer eines Gegenstandes im Preise von 6000 M. klagt prinzipaliter auf Aufhebung des Kaufvertrages und Rückgabe der Sache, eventuell auf einen Schadenersatz von 4000 M. Setzen wir zunächst den Fall, daß durch Gesammturtheil der Prinzipalantrag abgewiesen und dem Eventualantrage stattgegeben wird, so wird das Gericht die Kosten mit $^1/_3$ dem Kläger und mit $^2/_3$ dem Beklagten auferlegen, denn der Werth des Prinzipalantrages beträgt 6000 M., es stellt dies aber zugleich den Werth des ganzen Streitgegenstandes dar, da in keinem Falle der Kläger mehr verlangt als 6000 M.[9]) Wenngleich der Kläger danach mit einem Antrage abgewiesen wird, welcher an sich den vollen Streitwerth repräsentiren würde, so stellt sich, vermöge der Wechselbeziehung des eventuellen Antrages zum prinzipalen, die Sache im Vermögenseffekt doch so, daß der Kläger statt eines Objekts von 6000 M. ein solches von 4000 M. erstritten hat. Dieser Effekt wird es sein, nach welchem die Kosten verhältnißmäßig zu theilen sind. Nun setzen wir den Fall, es würde zunächst durch Theilurtheil der Prinzipalantrag abgewiesen und später durch Schlußurtheil dem eventuellen Antrage stattgegeben, so müßte offensichtlich die Wex'sche Methode, wenn sie richtig ist, zu dem gleichen Ergebnisse führen; sie führt aber zu einem anderen und deshalb falschen. Nach der Wex'schen

[9]) Daß § 5 C.P.O. (Zusammenrechnung mehrerer Ansprüche) nur auf kumulative Verbindung zu beziehen ist, kann nicht zweifelhaft sein und wird, soweit diesseits bekannt, in der Praxis (namentlich was etwa die amtsgerichtliche Zuständigkeit betrifft) nirgends bezweifelt.

Methode nimmt die Prozedur folgenden Weg. Durch Theilurtheil erkennt das Gericht:

„Der Kläger wird mit der Klage auf Aufhebung des . . . Vertrages abgewiesen und verurtheilt, die auf diesen Theil des Rechtsstreits bezüglichen Kosten zu tragen."

Der Gerichtsschreiber[10]) stellt darauf bei dem Gericht den Antrag, den Werth des entschiedenen Theiles des Streitgegenstandes gemäß § 16 G.K.G. festzusetzen. Diesem Antrage entspricht das Gericht; dabei kann es den Werth nach § 6 C.P.O. nicht anders als auf 6000 M. festsetzen. Demnächst ergeht ein Schlußurtheil dahin lautend:

„Der Beklagte wird verurtheilt, dem Kläger 4000 M. zu zahlen und die auf diesen Theil des Rechtsstreits bezüglichen Kosten zu tragen."

Nun ist zuvörderst nicht ersichtlich, ob hier schon betreffs der Gesammtberechnung der Kosten zu dem richtigen Prinzip, welches auch Wex vertritt, zu gelangen ist, daß nämlich die Kosten im Ganzen nach einem Objekte von nur 6000 M. zu berechnen sind. Aber selbst wenn etwa ein Gerichtsbeschluß ergehen sollte, wonach der Werth des ganzen Rechtssteits auf gleichfalls nur 6000 M. festgesetzt wird — ein Verfahren, welches klar beweisen würde, daß eben nur ein Rechtsstreit und nicht deren mehrere vorliegen — können die Parteien nicht anders an den Kosten betheiligt werden, als im Verhältniß von 6 : 4 und dies ist sachlich falsch.

Es kommt ferner hinzu, daß ein prinzipaler und ein eventueller Antrag sich überhaupt gar nicht immer in ein mechanisches Zahlenverhältniß zu einander setzen lassen. So z. B. wenn der Prinzipalantrag eines von mehreren Erben auf Zahlung von 3000 M. an den Kläger und der Eventualantrag auf Hinterlegung der Summe zur Nachlaßmasse geht. Wenn hier das Theilurtheil den Prinzipalantrag abweist, das Schlußurtheil dem Eventualantrage stattgiebt, was soll man dann mit den nach der Wex'schen Methode erlassenen Kostenentscheidungen beginnen? Will man die Urtheile überhaupt für ausführbar erachten, so müßte man die Kosten gleichmäßig theilen, ein offensichtlich unrichtiges Ergebniß! Denn wer verpflichtet das Gericht, bei solcher Entscheidung nach § 88 C.P.O. auf gleiche Theilung der Kosten zu erkennen? Für die verhältnißmäßige Theilung

---

[10]) Vgl. oben Anm. 4.

seitens des Gerichts in Gemäßheit des § 88 C.P.O. sind ganz andere Rücksichten maßgebend, nämlich die Schätzung, welchen Mehrwerth für die Parteien wohl die Zahlung statt der Hinterlegung hat. Bei dieser Schätzung gilt von den Anträgen der Satz: man soll den Inhalt wägen und nicht zählen! Hier giebt es keinen anderen Anhalt, als die Berücksichtigung der Verhältnisse des konkreten Falles und die Billigkeit eines verständigen Richters. Die Entscheidung wird sich danach sehr verschiedenartig gestalten können: das Interesse, welches der Beklagte an der Differenz (Hinterlegung statt Zahlung) hat, wird ein minimales sein, wenn er ein extraneus ist, ein sehr großes dagegen, wenn er etwa selbst zu den theilenden Miterben gehört. Auf Seiten des Klägers werden andere Rücksichten zu erwägen sein. Danach wird das Gericht in dem unterstellten Falle wohl erkennen dürfen, daß dem Kläger $^1/_5$ und dem Beklagten $^4/_5$ der Kosten auferlegt werden. Aber ganz unmöglich ist es, daß das Gericht, um zu diesem Ergebnisse zu gelangen, auf dem Wege des § 16 G.K.G. den Werth des Prinzipalantrages auf 600 M. und der des Eventualantrages auf 2400 M. festsetzt. Denn das ist ein offensichtlicher Widersinn: der Werth jedes einzelnen Anspruches beträgt klar 3000 M. und der Werth beider zusammen vorliegend auch nicht mehr, weil sie nicht kumulativ geltend gemacht werden.

Als ein Fall endlich, in welchem die Ausführbarkeit der Urtheile schlechterdings unmöglich erscheint, sei erwähnt, daß in einer Ehescheidungssache — was zwar ungewöhnlich, aber doch nicht unzulässig ist — durch Theilurtheil auf Trennung der Ehe erkannt wird, während die Schuldfrage noch nicht spruchreif ist. Entscheidungen, von denen die eine die Kosten der Ehetrennung dem Beklagten auferlegt, während die andere die auf die Schuldfrage bezüglichen Kosten jedem Theile zur Hälfte auferlegt, weil keiner der Parteien ein Uebergewicht der Schuld beizumessen ist, sind — abgesehen davon, daß es sachlich falsch ist, über die Kosten der Ehescheidung zu erkennen, bevor die Schuldfrage feststeht — in Bezug auf die einheitlichen Gebühren des Rechtsstreits nicht ausführbar. Denn die Schuldfrage hat keinen selbständigen Werth; Ehescheidung und Schuldfrage sind zusammen derjenige nicht vermögensrechtliche Anspruch, auf welchen die Schätzung nach § 10 G.K.G. Anwendung findet.

Als Grundfehler der Wex'schen Theorie erscheinen danach vornehmlich die beiden: einmal, daß die Wechselbeziehungen, in denen

Theilurtheile desselben Rechtsstreits zu einander treten können, übersehen sind, und sodann, daß die Basis dieser Theorie, wonach ein Theilurtheil aus einem Prozesse deren mehrere macht, in unversöhnlichem Gegensatz mit dem System der Kostengesetze steht und deshalb hier nothwendig auf steten Widerstand stoßen muß.

III.

Erweist sich nach Vorstehendem die Wex'sche Ansicht als unrichtig, so ist noch erforderlich, die diesseitige Ansicht zu entwickeln und die gegen ihre Durchführung von Wex erhobenen Bedenken zu erörtern. Die diesseitige Auffassung geht dahin: Der § 273 C.P.O. bestimmt:

> „Ist von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine, oder ist nur ein Theil eines Anspruchs, oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Entscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil (Theilurtheil) zu erlassen."

Dieser Paragraph bringt, was den Umfang des Theilurtheils betrifft, als Regel den einfachen Satz zum Ausdruck, daß ein Theilurtheil sich auf alles das zu erstrecken hat, was zur Endentscheidung reif ist. Danach fällt im Prinzip allerdings auch die Kostenentscheidung unter das Theilurtheil, wofern nämlich der Kostenpunkt zur Endentscheidung reif ist. Insoweit stimmt der Schreiber dieser Zeilen mit Wex vollständig überein. Die Differenz liegt im Untersatz: nämlich in der Frage, wann der Kostenpunkt zur Endentscheidung reif ist. Nach diesseitiger Ansicht ist er es bei Erlaß eines Theilurtheils regelmäßig überhaupt nicht. Daß er nicht in dem Sinne zur Entscheidung gebracht werden kann, wie Wex es vorschlägt, ist bereits im Vorstehenden dargelegt, und zwar besteht die Unmöglichkeit nicht nur für die besonders hervorgehobenen Fälle, sondern grundsätzlich und allgemein für alle Prozesse deshalb, weil die Festsetzung des Verhältnisses, in welchem die Parteien an den Kosten zu betheiligen sind, nach § 88 C.P.O. eine im Urtheil zu lösende Aufgabe des Richters ist. Es bliebe nur noch die Entscheidung über eine bestimmte Quote der Kosten im Theilurtheil übrig. Aber auch diese Entscheidung erweist sich als unstatthaft, weil vermöge des Prinzips der C.P.O. über die Zulässigkeit der Klageerweiterung (§§ 240 253) sich zur Zeit des Erlasses des Theilurtheils überhaupt nicht übersehen läßt, welche Quote des ganzen Rechtsstreits durch das Theilurtheil zur Erledigung gebracht wird. Wenn der Kläger

500 M. fordert und ihm 100 M. durch Theilurtheil zuerkannt werden, so kann gleichwohl dem Beklagten nicht 1/5 der Kosten auferlegt werden, denn der Kläger kann später seinen Antrag auf 5000 M. ausdehnen, und wenn er alsdann mit 4900 M. abgewiesen wird, so hat der Beklagte nicht 1/5, sondern nur 1/50 der Kosten zu tragen. Dieser Grund allein läßt nach diesseitiger Ansicht jede geforderte Vorabentscheidung über eine Kostenquote als unzulässig erscheinen.

Ist danach eine Entscheidung über die Kosten vor Erledigung des ganzen Rechtsstreits regelmäßig nicht möglich, so ergiebt sich, daß der Kostenpunkt vorher nicht zur Endentscheidung reif ist, und daß sich das Theilurtheil deshalb auf ihn nicht zu erstrecken hat. Es giebt indessen vereinzelte Ausnahmen von der Regel, in denen ein Theil des Kostenpunktes schon früher zur Endentscheidung reif ist; ein solcher Theil ist auch der Entscheidung durch Theilurtheil zugänglich. Hierher gehören diejenigen Fälle, in welchen über einen Theil der Kosten auch im Falle des Gesammturtheils nicht in Form der Auferlegung einer Quote zu erkennen sein würde, und in welchen zugleich dieser Theil der Kosten von dem Schicksale des noch unentschiedenen Theiles des Rechtsstreits gänzlich unabhängig ist. Es können diesseits nur zwei Gruppen solcher Fälle genannt werden: Zunächst der Fall, daß ein Theilurtheil gegenüber einem von mehreren Streitgenossen derart ergeht, daß dieser dadurch aus dem Prozesse ausscheidet: Hier *kann* je nach der Lage der Sache und je nach der Auffassung des Gerichts über die Art der Kostenentscheidung beim Vorhandensein von Streitgenossen der Kostenpunkt gegenüber dem ausscheidenden Genossen spruchreif sein; z. B. wenn die Klage gegen einen von mehreren Genossen abgewiesen wird. Ueber die Art, wie der Kostenpunkt zu entscheiden ist, wenn eine gegen mehrere Streitgenossen (A B und C,) gerichtete Klage gegenüber dem einen Genossen A abgewiesen wird, während sie gegen B und C zur Verurtheilung führt, herrschen in der Praxis divergirende Auffassungen, deren Erörterung außerhalb des Rahmens dieser Abhandlung liegt.[11]) Einzelne Gerichte gehen von der Auffassung aus, das Urtheil habe die Kostenpflicht zwischen dem Kläger und jedem Streitgenossen

[11]) Vgl. H. Meyer. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits in der „Zeitschrift f. Deutschen Civilprozeß" Bd. VII. S. 325 ff., s. auch S. 290 daselbst.

ganz selbständig zu entscheiden, sie erkennen danach in dem unterstellten Falle etwa wie folgt:

> „Zwischen dem Kläger und A wird der Kostenpunkt dahin entschieden, daß der Kläger die Kosten zu tragen hat; zwischen dem Kläger und B und C dagegen dahin, daß B und C die Kosten zu tragen haben,“

und überlassen das Weitere dem Kostenfestsetzungsverfahren. Andere Gerichte nehmen dieses Prinzip dagegen nur für die außergerichtlichen Kosten an, während sie die gerichtlichen Kosten nach Quoten theilen, und erkennen etwa dahin:

> „Die dem Beklagten A erwachsenen außergerichtlichen Kosten, sowie $1/3$ der gerichtlichen Kosten hat der Kläger zu tragen, die übrigen Kosten werden den Beklagten B und C auferlegt.“

Erläßt nun das Gericht ein Theilurtheil, welches die Klage gegen A abweist, so kann es, wenn es auf dem ersteren Standpunkte steht, den Kostenpunkt gegenüber dem A mit entscheiden, nicht aber wenn es das zweite System für richtig hält. Denn eine Theilung nach Quoten läßt sich in sachgemäßer Art nur dann aussprechen, wenn eine Verminderung des Umfangs des Rechtsstreits nicht mehr möglich ist. Folgt das Gericht dem zweiten Standpunkt, so bleibt A trotz der Abweisung der Klage wegen des Kostenpunktes noch weiter am Prozesse betheiligt.

Eine zweite Gruppe bilden die Fälle, in denen die Kosten für gewisse Prozeßakte einer bestimmten Partei ohne Rücksicht auf das Schicksal der Hauptsache aufzuerlegen sind: so namentlich die Kosten eines vereitelten Termins oder eines erfolglosen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels in den Fällen der §§ 90, 91 C.P.O. Ist in Bezug auf den durch das Theilurtheil erledigten Streitstoff eine Entscheidung dieser Art zu erlassen, so steht nichts im Wege, dies durch Theilurtheil zu thun.

Aber auch für die erwähnten Ausnahmen gilt die Vorschrift des § 273 Abs. 2 C.P.O., wonach der Erlaß eines Theilurtheils unterbleiben kann, wenn das Gericht denselben nicht für angemessen erachtet. Die Bedeutung dieses Satzes ist eine allgemeine; derselbe stellt, wenn ein Theilurtheil erlassen wird, auch den Umfang desselben in das gleiche richterliche Ermessen und giebt deshalb in diesem Falle dem Gerichte die Befugniß, einen Punkt trotz seiner Spruchreife von der Aufnahme in das Theilurtheil auszuschließen,

wenn es diese Ausschließung für sachgemäß hält.[12]) Niemals ist sonach das Gericht genöthigt, eine Kostenentscheidung im Theilurtheil zu erlassen, wenn es diesen Erlaß für nicht angemessen hält.

Kehren wir zu den Fällen der Regel zurück, welche im Folgenden ausschließlich behandelt werden sollen, so stellt sich das Verfahren nach diesseitiger Ansicht wie folgt: die in einem Prozeß ergehenden Theilurtheile bestimmen über den Kostenpunkt nichts; erst das Schlußurtheil trifft die Entscheidung über die gesammten Kosten des Rechtsstreits; letzteres ist das Kostenurtheil für alle in den einzelnen Theilurtheilen erledigten Streitgegenstände. Eines besonderen Vorbehalts der Entscheidung des Kostenpunktes bedarf es dabei nicht; denn von einem Urtheil, welches sich als Theilurtheil bezeichnet, gilt ohne Weiteres die Vermuthung, „daß alles, was nicht ausdrücklich entschieden ist, späterer Entscheidung hat vorbehalten werden sollen.“[13]) Indessen steht selbstverständlich nichts entgegen, um noch größerer Deutlichkeit Willen einen solchen Vorbehalt auszusprechen.

Wird nun ein in vorgedachter Art erlassenes Theilurtheil mit Berufung angefochten, so ergiebt sich ganz von selbst, daß der Kostenpunkt der ersten Instanz keinen Gegenstand der Entscheidung des Berufungsgerichts bildet. Wenn § 499 C.P.O. vorschreibt, daß Gegenstand dieser Entscheidung alle einen zu- oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte bilden, selbst wenn über dieselben in erster Instanz nicht entschieden ist, so braucht auf die Bedeutung der Begriffe „Anspruch“ und „Streitpunkt“ im Sinne dieser Vorschrift hier nicht eingegangen zu werden. Denn ganz von selbst ergiebt sich aus dem Wesen des Theilurtheils, daß bei dessen Anfechtung derjenige Theil des Rechtsstreits nicht in die Berufungsinstanz devolvirt werden kann, über welchen die erstrichterliche Entscheidung noch aussteht. Der Berufungsrichter ist sonach mit einer Entscheidung über die Kosten der ersten Instanz nicht befaßt, was übrigens für diesen Fall auch Wex annimmt. (S. 285.)

Bevor wir uns nunmehr zu den Ausstellungen wenden, welche Wex gegen die praktischen Konsequenzen des diesseitigen Systems erhebt, ist die Frage zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen die Anfechtung der im Schlußurtheil enthaltenen Entscheidung über

[12]) Vgl. die Ausführung im Urtheil des R.G. v. 1. November 1881 (Entsch. Bd. 5 S. 391).

[13]) Vgl. das in Anm. 12 zitirte Urtheil.



den Kostenpunkt angesichts der formalen Abtrennung derselben von der Hauptsache oder einem Theile derselben zulässig ist. Wer geht in dieser Beziehung (S. 286, 287), ohne ein bestimmtes Prinzip zu entwickeln, zum Theil von Voraussetzungen aus, die diesseits keineswegs zugegeben werden können. Der § 94 C.P.O., um dessen Auslegung es sich hierbei handelt, bestimmt:

„Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird."

Es fragt sich: was ist „die Entscheidung in der Hauptsache", welche die Partei anfechten muß, um sich die Anfechtung des Kostenpunktes zu sichern? Nach diesseitiger Ansicht ist dies diejenige Entscheidung, auf welche sich die Kostenentscheidung, welche die Partei anfechten will, bezieht. Nun bezieht sich aber nach dem diesseitigen System die Kostenentscheidung des Schlußurtheils auf die Hauptentscheidung in allen vorausgegangenen Theilurtheilen. Mithin wird die Partei, welche auch nur eines der erlassenen Theilurtheile anficht, dadurch berechtigt, auch die im Schlußurtheil getroffene Entscheidung des Kostenpunkts anzufechten, mag letzteres Urtheil noch über einen Theil der Hauptsache oder über den Kostenpunkt allein lauten.[14]) Auch macht es dabei gar keinen Unterschied, ob etwa zur Zeit, wo der Kostenpunkt angefochten wird, die Berufung gegen das Theilurtheil schon erledigt ist oder nicht: für eine solche Unterscheidung fehlt es im Gesetze an jedem Anhalt.

Diese Auslegung entspricht dem Wortlaut des § 94 C.P.O. durchaus; daß sie dem Geiste des Gesetzes am meisten entspricht, dürfte von selbst erhellen; endlich schafft sie einen möglichst ein-

[14]) Ob dabei das Berufungsgericht gehalten ist, die Kostenentscheidung insoweit gelten zu lassen, als sich dieselbe auf Theilurtheile bezieht, gegen welche keine Berufung eingelegt ist, ist eine Frage, die hier nicht erörtert zu werden braucht, denn sie stellt keine Besonderheit des Verfahrens bei Theilurtheilen dar, taucht vielmehr in gleicher Art bei Gesammturtheilen auf. Wenn in einem Urtheil zwei Ansprüche von 1000 Mark und 500 Mark zuerkannt und dabei alle Kosten dem Beklagten auferlegt sind, so entsteht, falls Beklagter in der Hauptsache nur wegen 1000 Mark die Berufung einlegt, in gleicher Weise die Frage, ob er befugt ist, geltend zu machen, daß er betreffs der 500 Mark, wenngleich er sich bei der Verurtheilung beruhigt, nicht kostenpflichtig sei. Die gleiche Antwort, welche hier ertheilt wird, ist auch bei Theilurtheilen zu geben. Nach diesseitiger Ansicht wird die Frage übrigens zu bejahen sein und zwar im Anschluß an den Wortlaut des § 94, wo das Wort: „wenn" entscheidend ist; die entgegengesetzte Auffassung würde durch das Wort: „insoweit" ausgedrückt worden sein.

fachen Zustand: nämlich den, daß die Kostenentscheidung des Schlußurtheils immer genau in demselben Umfange anfechtbar bleibt, wie sie angefochten werden könnte, wenn statt der Theilurtheile und des Schlußurtheils nur ein Gesammturtheil erlassen worden wäre. Von dieser Interpretation des § 94 ist danach im Folgenden auszugehen.

Wex erörtert nun (S. 285 ff.) die verschiedenen Komplikationen, welche entstehen, wenn das Theilurtheil in der Berufungsinstanz abgeändert wird: sei es, daß die Abänderung vor dem Schlußurtheil erfolgt und der erste Richter nun vor die Frage gestellt wird, von welchem Standpunkte aus er den Kostenpunkt entscheiden soll; sei es, daß zunächst das Schlußurtheil auf Grund der erstinstanzlichen Sachlage ergeht und daß die Kostentscheidung demnächst mit der abändernden Entscheidung über das Theilurtheil nicht harmonirt; sei es endlich, daß der erste Richter bei Erlaß des Schlußurtheils in Unkenntniß darüber ist, ob auf die Berufung gegen das Theilurtheil die Entscheidung schon erlassen ist. Insoweit die bezüglichen Argumentationen darauf fußen, daß die Entscheidung über den Kostenpunkt nach § 94 C.P.O. unanfechtbar ist, erscheinen sie durch die oben dem § 94 gegebene Auslegung widerlegt; insoweit sie indessen die Unsicherheit der Stellung des ersten Richters gegenüber derartigen Komplikationen betreffen, beweisen sie zu viel. Die fragliche Komplikation ist nämlich durchaus nichts dem Kostenpunkte eigenthümliches; sie entsteht vielmehr bei Theilurtheilen in allen denjenigen Fällen, in welchen der noch nicht erledigte Theil des Rechtsstreits zu dem erledigten Theile in einem Abhängigkeitsverhältniß steht, was sehr häufig und namentlich bei akzessorischen Forderungen der Fall ist. Klagt Jemand ein Darlehn von 1000 Mark mit Zinsen ein, und bestreitet der Beklagte sowohl den Empfang des Darlehns als auch eventuell die Verzinslichkeit, so ist klar, daß es wohl möglich ist, das Darlehen zuzusprechen und die Zinsen abzuerkennen, daß aber nicht das Umgekehrte geschehen kann. Wenn nun der erste Richter die 1000 Mark durch Theilurtheil zuerkennt und über die Zinsenforderung weiter verhandelt, während das Theilurtheil durch Berufung angegriffen und schließlich abgeändert wird, so entstehen ganz die gleichen Komplikationen, wie sie Wex erörtert, insbesondere auch die letztgedachte, daß es möglich ist, daß die Darlehnsforderung bereits rechtskräftig aberkannt ist, während der erste Richter noch Zinsen von ihr zuspricht. Mit solchen Zuständen muß man sich durch sachgemäßes Prozediren auf Seiten der Parteien und des

Gerichts, zu welchem die Mittel weiter unten angegeben werden, abzufinden suchen. Die Schwierigkeiten sind übrigens für das — von Wex allein in Betracht gezogene — Rechtsmittel der Berufung wenigstens nicht von solchem Belang, daß sie unabwendbare Schädigungen der Parteien befürchten ließen; erst wenn das Rechtsmittel der Revision in Frage kommt, werden sie vermöge des Erfordernisses der revisiblen Summe von größerem Gewicht. Für die Frage der Berufung gestaltet sich die Sache betreffs der hier in Betracht kommenden Entscheidung des Kostenpunktes nach Verschiedenheit der Fälle wie folgt:

1. Wenn der erste Richter von geforderten 1000 Mark durch Theilurtheil 800 Mark zuerkannt hat und es schwebt bei Erlaß des Schlußurtheils, welches auch die 200 Mark zuerkennt, die Berufung wegen der 800 Mark noch, so legt der Richter im Schlußurtheil die gesammten Kosten dem Beklagten auf. Will der Beklagte sich bei der Verurtheilung in Höhe von 200 Mark beruhigen und nur die Entscheidung des Kostenpunktes mit Rücksicht auf die 800 Mark, mit denen er obzusiegen hofft, anfechten, so kann er dies thun. Aendert das Berufungsgericht die Entscheidung wegen der 800 Mark ab, so ändert es demnächst auf die Berufung gegen das Schlußurtheil auch die Kostenentscheidung des letzteren ab.

2. Ganz ebenso steht es, wenn bei Erlaß des Schlußurtheils der erste Richter über das Schicksal der Berufung im Unklaren ist.[15]) Ergiebt sich hinterher, daß das Theilurtheil auf die Berufung abgeändert war, so führt eine Anfechtung des Schlußurtheils zu demselben Ergebniß wie zu 1.

3. Ist zur Zeit des Schlußurtheils das Theilurtheil in der Berufungsinstanz abgeändert und die Klage in Höhe von 800 Mark

---

[15]) Dieser — von Wex ausdrücklich unterstellte — Fall kann bei richtiger Prozeßleitung nicht praktisch werden. Sachgemäß verhandelnde Parteien müssen gerade wegen des Kostenpunktes dem Richter den gegenwärtigen Stand der Berufung über das Theilurtheil vortragen, und wenn sie es nicht thun, muß das Gericht sie danach fragen. Ergiebt sich, daß der Termin in der Berufungsinstanz kürzlich angestanden hat und das Resultat noch nicht bekannt ist, so wird das Gericht den Termin auf kurze Zeit von Amtswegen vertagen; das Gleiche wird es thun können, wenn die Parteien etwa über den Stand der Berufungsinstanz keine Auskunft sollten geben können. Denn diese gerichtlichen Befugnisse sind dazu gegeben, um sachgemäße Entscheidungen zu befördern. — Uebrigens kommt es überhaupt bei Theilurtheilen sehr selten vor, daß erste und zweite Instanz zu gleicher Zeit arbeiten, gewöhnlich steht der Mangel doppelter Akten dem entgegen.

rechtskräftig abgewiesen, so muß der erste Richter die letztere Entscheidung der Kostenvertheilung zu Grunde legen; denn er muß die Kosten demjenigen auferlegen, welcher unterliegt. Wer der letztere aber ist, darüber entscheidet das rechtskräftige Urtheil, dem gegenüber die frühere Entscheidung des ersten Richters gar keine Bedeutung mehr hat. Das Gleiche gilt übrigens auch dann, wenn die abändernde Entscheidung des Berufungsgerichts etwa noch nicht rechtskräftig sein sollte; denn die C.P.O. behandelt auch in solchen Fällen das erste Urtheil als außer Kraft getreten.[16])

Bedenklicher gestaltet sich, wie bereits erwähnt, die Sachlage, wenn das Rechtsmittel der Revision in Frage kommt. Der einfachste Fall für die Betrachtung ist der, daß es sich um ein Theilurtheil in der Berufungsinstanz handelt:[17]) das Gericht erster Instanz hat durch Gesammturtheil den ganzen Klageanspruch von 5000 M. zuerkannt; durch Theilurtheil erkennt das Berufungsgericht in Höhe von 4000 M. auf Zurückweisung der Berufung; demnächst erkennt es durch Schlußurtheil in Höhe von 1000 M. auf Abweisung der Klage und legt dem Kläger $^1/_5$, dem Beklagten $^4/_5$ der Kosten zur Last. Hier entsteht der eigenthümliche Rechtszustand, daß der Beklagte das Rechtsmittel der Revision wohl gegen das Theilurtheil, dagegen regelmäßig nicht gegen das Schlußurtheil zur Hand nehmen kann. Zwar ist er, wie oben ausgeführt, keineswegs durch den § 94 C.P.O. daran gehindert, wohl aber durch den Mangel der Revisionssumme.[18]) Das Ergebniß kann danach sich so stellen, daß die Klage vom Revisionsgericht auch in Höhe von 4000 M. abgewiesen wird und gleichwohl die Kostenlast zu $^4/_5$ für den Beklagten bestehen bleibt. Es muß nun, was dieses Ergebniß betrifft, zunächst wiederum darauf hingewiesen werden, daß dasselbe im Prinzip mit der diesseitigen Ansicht über die Art der Kostenentscheidung gar nichts zu thun hat. Der Mißstand tritt nämlich ganz ebenso in dem oben unterstellten

---

16) Vgl. C.P.O. § 655.

17) Ein Theilurtheil in der Berufungsinstanz ist ein solches, welches den Rechtsstreit, insoweit er in dieser Instanz anhängig ist, nur zum Theil erledigt. Wird gegen ein Theilurtheil erster Instanz Berufung eingelegt und über diese Berufung durch ein Urtheil vollständig entschieden, so liegt der Fall eines in der Berufungsinstanz erlassenen Theilurtheils nicht vor.

18) Ob die Revision etwa ausnahmsweise dann zulässig ist, wenn der Betrag der dem Beschwerdeführer auferlegten Kosten 1500 Mark übersteigt, bleibt hier dahingestellt. Vgl. die analogen Erörterungen in den Urtheilen des Reichsgerichts v. 28. Okt. 1882 u. 15. Febr. 1884 (Entsch. Bd. 9 S. 414 u. Bd. 11 S. 387).

Falle der gesonderten Erkennung über die Zinsen in die Erscheinung. Wenn das Berufungsgericht durch Theilurtheil eine Darlehnsforderung von 4000 M. und demnächst durch Schlußurtheil auch die geforderten vierjährigen Zinsen mit 800 M. zuerkennt, und wenn demnächst das Revisionsgericht die Darlehnsforderung als überhaupt niemals existent geworden, abweist, so tritt der Zustand ein, daß der Beklagte verurtheilt ist, vierjährige Zinsen von einem Darlehn zu zahlen, dessen Nichtexistenz rechtskräftig festgestellt ist und daß er gegen ein solches Unrecht schutzlos ist. Dieses Ergebniß ist die Folge der allgemeinen und auch vom Reichsgericht[19]) gebilligten Annahme, wonach bei Theilurtheilen die Revisionssumme betreffs jedes einzelnen Urtheils gesondert vorhanden sein muß, um die Zulassung des Rechtsmittels zu begründen. Das erwähnte Resultat fällt vom Standpunkte gerechter Rechtspflege als ein schwerwiegendes Moment gegen die gedachte Annahme in die Wagschale, und es wäre wohl der Erörterung werth, ob sich nicht eine befriedigendere Theorie über die Revisibilität der Theilurtheile finden ließe. Doch ist für die Erörterung dieser allgemeinen Frage hier nicht der Ort. An dieser Stelle kann es sich nur um die Frage handeln, wie man sich auf dem Boden der herrschenden Theorie einzurichten hat, um die erwähnte Schädigung der Gerechtigkeit thunlichst zu vermeiden. Hierbei erscheint als ein zulässiges Auskunftsmittel die Aussetzungsbefugniß des Gerichts nach § 139 C.P.O. Der zitirte Paragraph bestimmt:

> „Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet .... anordnen, daß die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits .... auszusetzen sei."

Freilich kann es zweifelhaft sein, ob hier das Wort „Rechtsstreit" nicht im Sinne von Prozeß gebraucht ist (die Worte „ganz oder zum Theil" möchten dafür sprechen), während der durch das Theilurtheil ausgeschiedene Streitstoff keinen besonderen Prozeß darstellt. Aber auch wenn man die Vorschrift so auslegt, würde nur die wortgemäße, nicht die analoge Anwendung auf den vorliegenden Fall ausgeschlossen sein. Letztere erscheint ohne jedes Bedenken; denn der § 139 enthält keine singuläre Vorschrift, sondern den allgemeinen

---

[19]) Urth. v. 3. März 1885 (Entsch. Bd. 13 S. 352).

Rechtsgedanken, daß es gestattet sein soll, präjudizielle Entscheidungen, die in einem anderen Verfahren ergehen, abzuwarten, bevor man Entscheidungen abgiebt, welche sich logisch als Folgerungen aus der präjudiziellen Entscheidung darstellen sollten. Deshalb ist es Rechtens — und wird auch von hervorragenden Kommentatoren der C.P.O. als solches anerkannt[20]) — daß, wenn ein Theilurtheil erlassen und die Entscheidung des übrigen Theiles davon abhängig ist, ob das Theilurtheil in höherer Instanz bestätigt oder abgeändert wird, das Gericht befugt ist, die Verhandlung über den übrigen Theil bis zur „Erledigung" des im Theilurtheil behandelten Streites d. h. bis zur Rechtskraft des Theilurtheils beziehentlich bis zu dessen rechtskräftig erkannter Abänderung auszusetzen. Diese Befugniß hat aber das Gericht nicht minder, wenn es nur der Kostenpunkt ist, für den die Entscheidung im anderen Verfahren präjudiziell ist: § 139 statuirt die gerichtliche Befugniß für den Fall, daß die Entscheidung des Rechtsstreits „ganz oder zum Theil" von der anderen Entscheidung abhängt, also auch dann, wenn die Entscheidung des Kostenpunktes in solcher Abhängigkeit steht, denn die Entscheidung des Kostenpunktes ist ein Theil der Entscheidung des Rechtsstreits. An einem Beispiel betrachtet, gestaltet sich also der Fall wie folgt: In einem Prozeß über 5000 M. ist durch Theilurtheil über 3000 M. erkannt, demnächst werden während schwebender Berufung auch die übrigen 2000 M. spruchreif; dann erläßt das Gericht kein Schlußurtheil, sondern ein zweites Theilurtheil, welches sich auf die 2000 M. unter Vorbehalt der Entscheidung des Kostenpunktes erstreckt und gleichzeitig einen Beschluß, wonach die Verhandlung über den Kostenpunkt so lange auszusetzen ist, bis über die in den beiden Theilurtheilen behandelten Theile des Rechtsstreits rechtskräftige Entscheidungen vorliegen. Sobald letzteres der Fall ist, ergeht ein Schlußurtheil über den Kostenpunkt.[21])

---

[20]) Struckmann-Koch zu § 139 Anm. 1; vgl. auch Loening, die Widerklage im Reichscivilprozeß in der „Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß" Bd. IV. S. 165 Anm. 219.

[21]) Immer wird es förmlicher Aussetzungsbeschlüsse gar nicht bedürfen; es sei mir gestattet, hier anzuführen, wie ich in meiner bescheidenen einzelrichterlichen Thätigkeit mich in solchen Fällen mit sehr gutem praktischem Erfolge verhalte. Wenn gegen ein Theilurtheil die Berufung eingelegt ist, und es wird alsdann der Rest spruchreif, so stelle ich den Parteien vor, daß es aus den im Texte erörterten Gründen sehr unpraktisch wäre, jetzt über den Kostenpunkt mit zu entscheiden. Ich habe für solche Vorstellungen fast stets Sinn und Ohr gefunden. Die Parteien

Die vorstehend empfohlene Prozedur gilt in gleicher Weise für Theilurtheile der ersten wie der Berufungsinstanz; sie ist nach den voraufgegangenen Erörterungen von ganz besonderem Werth für revisible Prozeßobjekte. Bei nicht revisiblen Sachen ist sie für Theilurtheile der Berufungsinstanz natürlich ohne Bedeutung; für die erste Instanz bleibt aber auch hier die Prozedur durchaus gestattet. Denn wenngleich, wie vorstehend gezeigt, die Kostenentscheidung im Schlußurtheil stets von demjenigen angefochten werden kann, der auch nur eines der Theilurtheile angefochten hat, so wird doch durch die Aussetzung des Verfahrens solche Anfechtung und die damit verbundenen Weiterungen und Kosten vermieden.

Es erübrigt noch, auf zwei weitere Bedenken von Wex einzugehen, welche nur kurzer Erörterung bedürfen. Das eine betrifft den Fall, daß wegen des durch das Theilurtheil nicht erledigten Theiles die Klage zurückgenommen wird und es dieserhalb oder wegen Vergleichs oder Ruhenlassen des Verfahrens nicht zum Schlußurtheil kommt. In diesen Fällen, meint Wex, „wird der in dem Theilurtheil enthaltene Vorbehalt wegen der Entscheidung des Kostenpunktes hinfällig und es wird dem ersten Richter nichts übrig bleiben, als nunmehr auf Grund des § 292 C.P.O. nachträglich wegen des Kostenpunktes ein Ergänzungsurtheil zu erlassen, wodurch derselbe dann stillschweigend zugesteht, denselben in seinem früheren Urtheil übergangen zu haben“ (S. 287). Dieser Annahme liegt anscheinend eine unrichtige Auslegung des § 279 Abs. 2 C.P.O. („Ueber die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen“) zu Grunde. Wex faßt diese Vorschrift so auf, als müsse unter allen Umständen und ausnahmslos das Gericht dafür sorgen, daß der Kostenpunkt nicht unentschieden bleibt.[22]) Der Satz besagt aber in Wahrheit etwas ganz Anderes. Er ist eine Ausnahme von der Regel des Abs. 1, wonach das Gericht nicht befugt ist, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht

erklären ihr Einverständniß, daß der Kostenpunkt noch nicht entschieden wird. Es wird darauf ein weiteres Theilurtheil in obigem Sinn publizirt. Nach dieser Publikation erklären die Parteien, daß sie den Rechtsstreit wegen der Kosten einstweilen ruhen lassen. Nach erlassenem Berufungsurtheil erhalten alsdann die Parteien auf neue Ladung ein skrupelfreies Urtheil mit richtiger Kostenvertheilung. Volenti non fit injuria!

[22]) Dies führt ihn (S. 285) sogar zu der Annahme, der Richter, welcher den Kostenpunkt übergangen hat, müsse das Urtheil nicht nur auf Parteiantrag, sondern von Amtswegen ergänzen. Ganz abgesehen davon, daß dies gegen die klare Vor-

beantragt ist. Unter diesem Zusammenhange angesehen, besagt der zweite Absatz in Wahrheit nichts weiter als folgendes: „Der Umstand, daß ein besonderer Antrag wegen der Kosten nicht gestellt ist, darf das Gericht nicht hindern, den Kostenpunkt gleichwohl zu entscheiden." Aber selbstverständlich müssen die übrigen prozessualen Voraussetzungen dieser Entscheidung vorliegen; diese Voraussetzungen sind: das Statthaben einer mündlichen Verhandlung (§ 119) und die Spruchreife des Kostenpunktes (§§ 272, 273). Lassen die Parteien das Verfahren ruhen, nachdem ein Theilurtheil ergangen ist, so erhalten sie keine Entscheidung über den Kostenpunkt; denn zur Zeit des Theilurtheils war der Kostenpunkt nicht spruchreif, und nun, wo er spruchreif sein könnte, findet keine mündliche Verhandlung statt, weil die Parteien in Gemäßheit der ihnen zustehenden Befugnisse eine solche nicht stattfinden lassen. Es liegen also die Voraussetzungen einer ferneren Entscheidung nicht vor; das Gericht verstößt, wenn es bei dieser Sachlage den Kostenpunkt nicht entscheidet, in keiner Weise gegen den § 279 Abs. 2; denn nicht deshalb läßt es den Kostenpunkt unentschieden, weil es einen besonderen Parteiantrag wegen der Kosten begehrt, sondern deshalb, weil die allgemeinen prozessualen Voraussetzungen für den Erlaß einer Entscheidung fehlen. Von einer Ergänzung des Urtheils nach § 292 C.P.O. wegen Uebergehung des Kostenpunktes — eine Ergänzung, die übrigens gleichfalls einen Parteiantrag voraussetzt — kann keine Rede sein; denn eine Uebergehung liegt überall nicht vor. — Im Falle der Klagezurücknahme muß der Beklagte Anträge gemäß § 243 Abs. 3 C.P.O. stellen; in dem diesbezüglichen, das ganze Verfahren abschließenden Urtheil wird dann über die Kosten des ganzen Rechtsstreits erkannt. Ueber die bloßen Kosten des von der Klagezurücknahme betroffenen Theiles des Rechtsstreits kann nach den hier vertretenen Grundsätzen regelmäßig kein Urtheil ergehen.[23]) — Im Falle des Vergleichs endlich richtet es sich nach dem Inhalt des letzteren,

---

schrift des § 292 C.P.O. verstößt, ist die Ausführbarkeit der Prozedur nicht ersichtlich, wenn die — etwa von Amtswegen zur mündlichen Verhandlung geladenen — Parteien nicht erscheinen.

[23]) Wenn § 243 Abs. 3 dem die Klage zurücknehmenden Kläger die Kosten nur auferlegt „sofern nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist," so wird nach dem diesseitigen System die letztere Ausnahme wesentlich nur in denjenigen Fällen eintreten können, in denen ausnahmsweise ein Theilurtheil über die Kosten ergehen kann.

inwieweit noch ein Betrieb des Verfahrens wegen der Kosten zulässig ist.

Schließlich weist Wex noch (S. 288) auf eine praktische Unzuträglichkeit hin, die sich nach dem diesseitigen System durch Anwendung des § 94 Nr. 1 G.K.G ergeben soll. An letzterer Stelle ist angeordnet, daß nach Ablauf je eines Jahres seit der ersten Terminsbestimmung die bis dahin entstandenen Kosten fällig werden; nach § 86 ebenda sind diese Kosten, wenn bis dahin keine gerichtliche Entscheidung über die Kostenpflicht ergangen ist, vom Kläger einzuziehen. Wex weist nun darauf hin, daß nach der diesseitigen Ansicht die Sache so zu stehen komme, daß, wenn durch Theilurtheil der größte Theil der Klageforderung zugesprochen und nur der kleinere noch anhängig ist, der Kläger, trotz des obsieglichen Urtheils, Schuldner des größten Theiles der Kosten werde. Das Argument beweist indessen wenig. Es kann zunächst bezweifelt werden, ob die Ungerechtigkeit so groß ist, wie es auf den ersten Blick den Anschein hat. Denn nach dem Rechtszustande im größten Theile Deutschlands waren bis zum 1. Oktober 1879 die Theilurtheile überhaupt unbekannt. Dem Kläger, welcher 1000 M. einklagte, von denen 990 M. zur Zuerkennung reif waren, wurde nicht nur seine Kostenpflicht in Nichts erleichtert, sondern er erhielt nicht einmal ein obsiegliches Urtheil in der Hauptsache, bis der Rest von 10 M. spruchreif war. Wenn die C.P.O. nur den letzteren Mißstand beseitigt hat, so ist dies schon eine segensreiche Einrichtung, auch wenn die Kostenpflicht des Klägers ungeschmälert bleibt. Aber letzteres ist garnicht der Fall. Das Korrektiv gegen den Mißstand enthält nämlich der § 94 Nr. 1 G.K.G. selbst mit der Vorschrift:

„Die einjährigen Fristen können auf Antrag von dem Gerichte verlängert werden“.

Hiermit hat der Gesetzgeber den Gedanken ausgedrückt, daß es Fälle geben wird, in denen die Beobachtung der einjährigen Frist zu Unbilligkeiten führt, und er hat zur Abhilfe gegen solche das Ermessen des Gerichtes berufen. Bei dessen sachgemäßer Handhabung schwindet danach das Wex'sche Bedenken vollständig.

IV.

Als die wesentlichsten Ergebnisse der hier vertretenen Ansicht seien sonach die folgenden hingestellt:

1. Es ist — von den zu III erörterten Ausnahmefällen ab-

gesehen — unstatthaft, in einem Theilurtheil über die Kosten des bezüglichen Theiles des Rechtsstreits zu erkennen: weder die Auferlegung einer Quote der Gesammtkosten, noch die Auferlegung aller auf den erledigten Theil des Rechtsstreits bezüglichen Kosten ist zulässig.

2. Der Kostenpunkt ist vielmehr stets — ausdrücklich oder stillschweigend — dem Schlußurtheile vorzubehalten; in diesem ist er für den ganzen Rechtsstreit nach denselben Grundsätzen zu entscheiden, als ob der letztere durch Gesammturtheil entschieden worden wäre. Ist eines der Theilurtheile in höherer Instanz abgeändert worden, so ist die Entscheidung der höheren Instanz der Kostenvertheilung zu Grunde zu legen.

3. Ein in dieser Weise erlassenes Schlußurtheil kann in Beziehung auf den Kostenpunkt von jeder Partei angefochten werden, welche eines der voraufgegangenen Theilurtheile angefochten hat, und zwar gleichviel, ob das Rechtsmittel gegen letzteres noch schwebt oder bereits erledigt ist. Dies gilt auch dann, wenn das Schlußurtheil nur über den Kostenpunkt entscheidet.

4. Ist zur Zeit der Erlassung des Schlußurtheils eines der Theilurtheile noch nicht rechtskräftig, so kann das Gericht die Aussetzung der Verhandlung über den Kostenpunkt bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den ganzen übrigen Rechtsstreit anordnen. In diesem Falle ergeht seiner Zeit das Schlußurtheil nur über den Kostenpunkt; seine Betreibung erfolgt durch die Parteien nach den Grundsätzen über die Aufnahme eines ausgesetzten Verfahrens (§ 227 C.P.O.).

5. Unbilligkeiten, welche sich durch Kosteneinziehung nach Maßgabe des § 94 Nr. 1 G.K.G. in diesen Fällen etwa ergeben, tritt das Gericht auf Antrag durch Verlängerung der einjährigen Frist entgegen.

Beiträge zur Erläuterung und Würdigung
des
Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

9.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs vor dem zwanzigsten Juristentage.

Von Herrn Rechtsanwalt Dr. Klöppel in Leipzig.

Der diesjährige zwanzigste Juristentag hat sich ausschließlich mit dem Entwurf zum bürgerlichen Gesetzbuche beschäftigt. Von den sechszehn Fragen, welche ihm vorgelegt waren, sind zwölf von den Abtheilungen in Berathung genommen und mit einer Ausnahme durch sachliche Beschlüsse erledigt worden; das Plenum hat keinen Beschluß zu fassen gehabt.

Wir beginnen unsern Ueberblick mit der Frage, welche die im vorigen Jahre vorbehaltene Ergänzung des angenommenen Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miethe" für den Fall der Zwangsversteigerung betraf. Vorab darf hervorgehoben werden, daß der diesmalige Referent sich ohne Rückhalt dahin aussprach, die Konsequenz des angenommenen Grundsatzes führe zu der Anerkennung eines dinglichen Rechtes des Pächters und Miethers, es bestehe auch kein Grund, die Möglichkeit einer solchen Begründung eines dinglichen Rechts zu verneinen, und es habe keine Schwierigkeit, diesen dinglichen Karakter auf die weiteren Leistungen des Eigenthümers außer der Gestattung der Benutzung zu erstrecken, zu welcher das Mieth- und Pachtverhältniß ihn verpflichte, so daß diese wie alle anderen Lasten des Grundstücks auf jeden Erwerber desselben ohne Weiteres übergehen. Bei der vorbehaltenen Frage nun hatte man sich zu entscheiden zwischen der Stellung des preußischen Landrechts, welches die sonst angenommene Dinglichkeit von Miethe und Pacht der Zwangsversteigerung gegenüber aus Rücksicht auf den Realkredit nicht festhält, und der Stellung des französischen Rechts, welches, ohne die Dinglichkeit des Verhältnisses ausdrücklich anzuerkennen, den Mieth- und Pachtvertrag von „sicherem Datum" auch in der Zwangsversteigerung schützt. Eine unbefangene Prüfung der Frage hat nun doch davon auszugehen, daß der Verkäufer in der Zwangsvollstreckung, mag man den betreibenden Gläubiger oder den Staat dafür ansehen, auf den Erwerber nicht mehr Recht übertragen kann als der Eigen-

thümer in freiwilliger Veräußerung könnte, also auch den Erwerber gegen Miether und Pächter nicht günstiger stellen, als er bei freihändigem Ankauf stehen würde. Wenn also bei dem vorjährigen Beschluß allgemein unterstellt wurde, daß Mieth- und Pachtrechte von nicht ungewöhnlich langer Dauer der Eintragung im Grundbuche nicht bedürften, weil sie ebenso offensichtlich sind als die sog. apparenten Servituten, so ist in der Sache selbst kein Grund zu erkennen, die nicht eingetragenen Rechte dieser Art in der Zwangsversteigerung anders zu behandeln als beim freiwilligen Verkaufe. Selbst für den älteren Hypothekargläubiger ließe sich ein Recht auf Austreibung des Pächters und Miethers nur daraus ableiten, daß ihre Rechte eine Beeinträchtigung seines Pfandrechts wären. Aber das läßt sich nur in dem ganz einseitigen Sinne sagen, daß ein mit fortlaufenden Mieth- oder Pachtrechten beschwertes Grundstück bei der Zwangsversteigerung in der Regel weniger aufbringt als ein nicht belastetes. Aber gerade für die Verkehrshypothek des neueren Rechts ist doch die Zwangsversteigerung nur Aushülfe des letzten Nothfalles: wesentlich ist sie doch auf dauernde Kapitalanlage mit stetiger Verzinsung berechnet, und diese Verzinsung ist doch naturgemäß aus den Rentenbezügen des Grundstücks, aus Mieth- und Pachtzinsen zu entnehmen. Das nächste Interesse des Pfandgläubigers geht also auf eine stetige Vermiethung und Verpachtung des verpfändeten Grundstücks, welche nur durch Mieth- und Pachtverträge von nicht zu kurzer Dauer zu erreichen ist. Solche Verträge sind also nicht nur keine Verkürzung, sondern eine Sicherung der Hypothekenrechte, welche den möglichen Ausfall bei der Zwangsversteigerung weit überwiegt; aber auch bei dieser wird ein leerstehendes Haus in der Regel weniger aufbringen als ein gut vermiethetes, und ein unbebautes Ackergrundstück weniger als ein vom Pächter bewirthschaftetes. Was ist denn nun dieser unbefangenen Abwägung der zusammentreffenden Rechte und Interessen gegenüber jener „Realkredit“, der wie ein Zauberwort die schlichte Rechtslage über den Haufen werfen soll? Vor Allem ist klar zu stellen, daß es sich durchweg nicht um den Realkredit des *selbstwirthschaftenden* Eigenthümers handelt, der etwa des Kredits zur Vermehrung seines Betriebskapitals oder zur wirthschaftlichen Verbesserung seines Grundstücks bedarf. Vielmehr ist es der Realkredit des Eigenthümers, der sein Eigenthum nur zum Rentenbezuge nutzt; und wer diesen Realkredit aus wirthschaftlichen Gründen fördern zu sollen glaubt, der muß immer wieder

daran erinnert werden, daß die wirthschaftliche Bestimmung der Grundstücke die ist, bebaut, bewohnt, überhaupt zu Produktionszwecken genutzt zu werden, nicht Renteneinträge abzuwerfen. Soweit diese im Recht begründet sind, hat die Rechtsordnung sie und den darauf gebauten Realkredit zu schützen; aber diesen zu fördern auf Kosten und gegen das Recht der wirthschaftlichen Nutzung ist keine wirthschaftliche, sondern eine unwirthschaftliche Rücksicht, deren wirthschaftsverderbliche Folgen doch immer wieder auch auf die Hypothekargläubiger zurückfallen. Am anschaulichsten zeigt sich dies bei den städtischen Grundstücken, auf welchen Zinswohnungen erst mit Hülfe eines vorweg genommenen Realkredits errichtet werden, so daß dieser insoweit allerdings einem wirthschaftlichen Zwecke dient. Aber ein Zinshaus kann und will auch der Erwerber regelmäßig nur als Zinshaus nutzen und wird es nur unter dem Kapital des zeitigen Miethertrags ansteigern. Das Recht, die zeitigen Miether vor Ablauf ihrer Verträge auszutreiben, ist für ihn nur ein Geschenk, welches er alsbald in eine „Werthsteigerung" umsetzt, jenen feenhaften Vermögenszuwachs, den sich der Eigenthümer selbst zudekretirt, indem er seine Einwohner nöthigt, die Zinsunterlage herzugeben. Auf diese Werthsteigerung wird flugs neuer Realkredit zu neuen Spekulationen gebaut, bis bei einem Rückschlage dieses Gewinntaumels das luftige Werth- und Kreditgebäude unter Verlust von mehr oder minder Hypothekenkapital zusammenprasselt. — Wir fassen zusammen: ob man aus juristischer Konsequenz die dingliche Wirkung jedes Pacht- und Miethvertrags von der Eintragung ins Grundbuch abhängig machen will, mag dahingestellt bleiben; wenn man es aber unbedenklich findet, Pacht- und Miethverträge bis zu einer gewissen Dauer auch ohne Eintragung gegen den freihändigen Erwerber zu schützen, so spricht kein rechtlicher noch wirthschaftlicher Grund für den Beschluß des Juristentages, daß die in das Grundbuch eingetragenen Gläubiger berechtigt sein sollen, „den zwangsweisen Verkauf des Grundstücks ohne Rücksicht auf den bestehenden Miethvertrag zu begehren, wenn das Miethrecht nicht eingetragen oder später eingetragen ist". Nur bei Verträgen von ungewöhnlich langer Dauer, für welche überhaupt die Vorschrift der Eintragung sich empfehlen dürfte, ist eine solche Befugniß des eingetragenen Gläubigers zu begründen. Wie karg die Abfindung mit der Kündigungsfrist für den Miether ist, der sich gerade dagegen hat sichern wollen, beliebiger Kündigung unterworfen zu sein, wurde vor dem Jahre gegenüber dem Entwurf nachdrücklich

betont. Ein unzureichender Ersatz ist auch der weitere Beschluß, daß auf Grund eines in öffentlicher Urkunde errichteten Vertrages der Miether und Pächter befugt sein soll, sein Recht in das Grundbuch eintragen zu lassen, denn für Miethverträge ist die Errichtung in öffentlicher Urkunde nicht üblich, der Miether ist schwerlich in der Lage, darauf zu bestehen, vielmehr läßt im Bereich des sächsischen Gesetzbuchs der Vermiether den Miether auf die ihm zustehende Befugniß der Eintragung verzichten. Dagegen wird die Stellung des Miethers und Pächters im Gebiete des preußischen wie des gemeinen und sächsischen Rechts allerdings bedeutend verbessert durch die Beschlüsse, nach welchen das eingetragene Mieth- und Pachtrecht bei Zwangsversteigerung durch später oder nicht eingetragene Gläubiger, und letzteren gegenüber auch das nicht eingetragene, aber zur Zwangsversteigerung angemeldete und das in den Verkaufsbedingungen angezeigte Mieth- und Pachtrecht bestehen bleibt, ferner das Grundstück mit und ohne Uebernahme des Miethvertrages auszubieten ist, und das Miethsrecht bestehen bleibt, wenn durch ein mit Uebernahme des Miethvertrages abgegebenes Gebot die vorhergehenden Gläubiger befriedigt werden.

Auch für die Frage, ob das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters und Vermiethers beizubehalten sei, scheint das Zauberwort der Förderung des Realkredits in gleich unangebrachter Weise den Ausschlag gegeben zu haben. In einem vortrefflichen Gutachten von Thomsen war nachgewiesen, wie dieses Vorrecht ganz denselben gesellschaftlichen Verhältnissen des römischen Reiches entsprungen ist wie die bloß obligatorische Behandlung der Miethe und Kleinpacht; wie es zuerst die alte Regel des Besitzpfandes durchbrochen hat, zu welcher das heutige Recht zurückkehrt, und den Anfang der Mobiliarhypothek gemacht, welche das heutige Recht beseitigt; wie es überhaupt erst von Justinian verallgemeinert worden, während das aus ähnlichen Abhängigkeitsverhältnissen in Deutschland entstandene Pfändungsrecht schon vor der Rezeption des römischen Rechts abgestorben war; wie endlich jenes Vorrecht in der heutigen Rechtsordnung ohne rechtliche und ohne sachliche Analogie stehen geblieben sei, so daß es nichts mehr für sich hat als das Gesetz der geschichtlichen Trägheit und das Interesse der dadurch bevorzugten Gesellschaftsklassen. Das Verhältniß der „nothwendigen“ Kreditgewährung, für welche der Vermiether einer nothwendigen Sicherung bedurfte, ist längst umgekehrt worden, indem der Vermiether sich selbst durch Vorausbezahlung den Kredit gewähren

oder vom Pächter Kaution bestellen läßt, und diese Umkehrung ist jedenfalls heilsam für die haushälterische Erziehung der breiten Volksschichten. Wenn aber der Miether den Kredit erzwingt, indem er ohne Zahlung der fälligen Miethrate wohnen bleibt, so ist es wieder heilsamer, ihn durch ein kürzestes Ausweisungsverfahren an den Ernst seiner Lage zu erinnern, als ihn durch ein stillschweigendes Pfandrecht darüber hinwegzutäuschen, bis seine Habe verfallen ist. Wenn gleichwohl der Juristentag sich dafür entschied, die gestellte Frage zu bejahen, so hat er wenigstens der Anregung widerstanden, das Pfandrecht gegen den Entwurf auch auf die der Pfändung entzogenen Sachen auszudehnen — eine Härte, von welcher es unbegreiflich ist, wie sie in einzelnen Rechtsgebieten sich unter aller sozialen Gesetzgebung hat erhalten können. Die weiter beschlossene Beschränkung des Rechts auf den künftigen Miethzins bis zum Ablauf des nicht mehr auf ein Jahr laufenden Vertrags und andernfalls auf das laufende Kalenderjahr und ein darauf folgendes Jahr schneidet nur grade die unmäßigste Ausdehnung ab und wird mehr als aufgewogen durch die dem Entwurf unbekannte Ausdehnung auf die dem andern Ehegatten und den Kindern des Schuldners gehörenden eingebrachten Sachen, für welche die Abtheilung sich noch aussprach.

Die Frage, ob das beim Werkvertrage für den Uebernehmer (Werkmeister) im Entwurf nur an den noch in seiner Inhabung befindlichen beweglichen Sachen des Bestellers vorgesehene gesetzliche Pfandrecht auch auf unbewegliche Sachen auszudehnen sei, wurde verneint, vornehmlich in der Erwägung, daß der Baumeister seine Sicherung im Weg der freien Vereinbarung durch eine Kautionshypothek erlangen könne. — Die Entscheidung über die Beibehaltung des Privatpfändungsrechts, welche der Entwurf den Landesgesetzen überläßt, soll nach dem Beschlusse des Juristentages im B. G. B. dahin getroffen werden, daß dieses Recht in der Beschränkung auf Beschädigung von Grundstücken durch Thiere aufrecht zu halten und nur die nähere Regelung der Landesgesetzgebung vorzubehalten sei.

Die wichtige Frage über die Gestaltung des Hypotheken- und Grundschuldrechts wurde in Angriff genommen, aber nicht zum Austrage gebracht. Die preußische Gesetzgebung von 1872 ist zu der Duplizität von Hypothek und Grundschuld dadurch gelangt, daß man die „abstrakte" Hypothek des mecklenburgischen Rechts weder allgemein einführen, noch sie dem Andrängen der betheiligten Wirthschaftskreise ganz versagen wollte. Der Entwurf

geht nun in dieser Spaltung weiter, weil er die mit der Sicherheit des gutgläubigern Erwerbes ausgestattete sog. Verkehrshypothek in der durch den Hypothekenbrief bestimmten Gestaltung des preußischen Rechts denjenigen Rechtsgebieten nicht aufdrängen will, in welchen sie zur Zeit nur auf Grund der Bucheintragung besteht. So macht er diese „Hypothek ohne Hypothekenbrief", welche im preußischen Recht nur eine Ausnahme von beschränkter Anwendung ist, zur Grundform, von welcher sich die Briefhypothek nur auf Grund ausdrücklicher Vereinbarung abzweigt. Dann aber hat der Entwurf in der richtigen Erwägung, daß die Vorrechte der Verkehrshypothek da keinen Sinn haben, wo nicht eine Kapitalanlage, sondern nur die Sicherung des Eingangs einer Forderung beabsichtigt ist, als vierte Art die „Sicherungshypothek" eingeführt, die in der That nur die Wiederherstellung der römischen Hypothek in den Grenzen der Publizität und Spezialität ist. Die Frage mußte sich aufdrängen und ist an dieser Stelle schon bei der ersten Besprechung des Entwurfs angeregt, ob eine solche Vielgestaltigkeit des einen Rechtsinstituts sich wirklich empfehle. Zwei gewichtige Stimmen haben sich für die Verschmelzung der vier Formen zu einer einzigen, mit einem gewissen Spielraum für Abweichungen ausgesprochen, und zwar hat Bähr die Sicherungshypothek des Entwurfs, Dernburg die Briefhypothek als Norm vorgeschlagen. Das dem Juristentage vorliegende Gutachten von Levy geht von der richtigen Erkenntniß aus, daß schon die heutige Verkehrshypothek, zumal in ihrer Fortbildung zur Eigenthümerhypothek, gar nicht mehr unter den ursprünglichen und eigentlichen Begriff der Hypothek als Pfandrecht fällt, sondern in der That die Ausscheidung eines Werthantheils am Grundstücke zu einem selbständigen Vermögens- und Rechtsgegenstande darstellt. Die Theilung geschieht nur, um bildlich zu reden, nicht in vertikaler, sondern in horizontaler Richtung, nach den verschiedenen Werthschichten gemäß der abnehmenden Sicherheit dafür, daß der angenommene Werththeil sich auch wirklich in dem Erlöse darstellen werde. Die Ankettung dieses ganz neuen Rechtsgebildes an eine obligatorische Forderung, welche vermeintlich dem Schutze des Schuldners und des Eigenthümers gegen Unredlichkeiten des Hypothekenverkehrs dienen soll, bietet vielmehr, wie Levy aus der Erfahrung nachweist, die leichteste Handhabe zu betrüglichen Schiebungen. Das Gutachten geht also dahin, die Verkehrshypothek in der alleinigen Gestalt der Briefhypothek zur rein dinglichen Geldforderung umzubilden (welche sich jedoch nach der Vorstellung des

Gutachtens durch die Angabe des Rechtsgrundes von der heutigen Grundschuld unterscheiden soll) und damit dem Bedürfnisse des Immobiliar-Kredits und seines Verkehrs zu genügen, daneben aber für das Bedürfniß, ein Pfand für eine obligatorische Forderung zu haben, die Sicherungshypothek des Entwurfs aufzustellen. Verfolgt man aber diesen Gedanken nur ein wenig folgerichtiger, so wird man erkennen, daß die reine „Real-Forderung" mit oder ohne Angabe des Rechtsgrundes mit dem Begriffe des Kredits so wenig zu thun hat als mit dem der Hypothek. Wer eine solche „Realforderung" erwirbt, denkt nicht daran zu kreditiren, sondern sein Kapital in einem rententragenden Vermögensgegenstande, wie sonst einer Obligation oder Aktie anzulegen; er legt es an in dem ausgeschiedenen Werththeile eines Zinshauses, wie sonst in einem ganzen Zinshause, nur bequemer, aber auch ohne die Gewinnchance der „Werthsteigerung." Andererseits denkt auch der Eigenthümer, der eine Realforderung aufnimmt, nicht daran, Kredit zu nehmen in dem wirthschaftlichen Sinne einer einzulösenden Verbindlichkeit: er will von seinem Eigenthume so viel zu baarem Gelde machen als möglich ist, ohne die Gewinnchancen der „Werthsteigerung" aufzugeben. Dem Realkredit im wirthschaftlichen Sinne dient nur die Kautionshypothek, welche das Gutachten wie der Entwurf nur als Sicherungshypothek zulassen will. — Bei so wenig abgeklärter Grundanschauung des Verhältnisses war es allerdings angezeigt, daß der Juristentag sich beschied, nicht kurzweg darüber abzusprechen, und die weitere Verhandlung des Gegenstandes an die nächste Versammlung zu verweisen.

An die Fragen des Realkredits lehnt sich auch die Gestaltung des Pertinenzverhältnisses an. Die vom Juristentag über diesen Gegenstand gefaßten Beschlüsse stellen sich auf den Boden des Entwurfes und wollen nur einzelne Abänderungen anregen. Der Entwurf hat als allgemeine Rechtsfolge des Verhältnisses nur aufgestellt, daß (§ 290) ein die Hauptsache betreffendes Rechtsgeschäft unter Lebenden im Zweifel auch auf deren Zubehör sich erstreckt. In § 1067 Nr. 3 ist aber besonders bestimmt, daß dem Hypothekengläubiger auch das Zubehör des verpfändeten Grundstückes haftet, soweit es Eigenthum des Eigenthümers ist. Nach dem Beschlusse des Juristentages soll dies dahin erweitert werden, daß das Zubehör nur mit der Hauptsache Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein könne. Damit aber wird in der That in den Entwurf ein Gedanke hineingetragen, den dieser ausdrücklich zurückweist — der Begriff einer Sachgesammt-

heit als einheitlichen Vermögens- und Rechtsgegenstandes, in welchem die einzelnen Sachen nur noch die Bedeutung wesentlicher Bestandtheile des Ganzen haben würden. Auch der weitere Beschluß, welcher dem Entwurf entgegen einer gemachten Ausstellung darin zustimmt, es sei im Gesetze nicht auszusprechen, daß die Begründung des Zubehörverhältnisses nur durch den Eigenthümer der Hauptsache geschehen könne, entspringt einer unklaren Auffassung. Die „bleibende“ Bestimmung für die Nutzung der Hauptsache kann dem Zubehör selbstverständlich nur von demjenigen gegeben werden, der über die Hauptsache dauernd zu verfügen hat. Wer nur die vorübergehende Nutzung der Hauptsache hat, kann nur zu seinen zeitlich begrenzten Zwecken eine Sache als Zubehör behandeln, und wenn jene Nutzung aufhört, wird ihm Niemand die Wegnahme seiner Sache auf den Grund wehren können, daß er sie zum Zubehör bestimmt habe. Läßt er sie aber freiwillig zurück, so kann sie doch erst von jetzt an durch die Bestimmung des Eigenthümers bleibend mit der Hauptsache verbunden werden. Hat man aber daran gedacht, daß ein Miether u. s. w. für ein abhanden gekommenes oder verdorbenes Zubehörstück Ersatz beschafft hat, so rückt dieser doch nur in die ursprüngliche Bestimmung des Eigenthümers ein, es ist nicht eine selbständige Bestimmung des Miethers, die ihn zum Zubehör macht.

Aus dem reinen Obligationenrechte lag dem Juristentage nur die eine Frage vor, ob die Konventionalstrafe der freien Vereinbarung unterliegen, oder an gesetzliche oder richterliche Schranken gebunden werden solle. Der Entwurf hat gesetzliche Beschränkungen nicht aufgestellt und will damit stillschweigend die letzten Reste derselben fallen lassen, welche die auf Entfesselung des „freien Spiels der wirthschaftlichen Kräfte“ gerichtete Gesetzgebung übrig gelassen hatte. Es konnte daher von den Gutachtern für den Entwurf wohl angeführt werden, daß er an dieser Stelle im Wesentlichen nur das schon geltende Recht bestätige. Aber mit besserem Grunde wurde von der andern Seite gesagt, daß auch hier die Zeit zur Einkehr und Prüfung gekommen sei, ob nicht der vorlängst eingetretene entgegengesetzte Zug sozialer Gesetzgebung Schäden und Mißbräuche einer zur Ausbeutungsfreiheit ausschweifenden Vertragsfreiheit zu heilen habe; und es wurden bei der Verhandlung in der That Fälle schreiender Härte angeführt. Aber wenn am Ende Referenten und Versammlung keine andere Abhülfe ausfinden konnten als gegenüber allen Konventionalstrafen ein gänzlich unbeschränktes richterliches Ermäßigungsrecht einzuführen, so

spricht das nicht gerade für die gesetzgeberische Zeugungskraft derjenigen, welche gegen den Entwurf am lautesten ihre Stimme erhoben. Wenn es zwischen den „alten formalen, starren, festen Schranken“ und der Schrankenlosigkeit des richterlichen Ermessens gar kein Mittleres giebt, sollte man freilich auf alle Gesetzgebung verzichten, die in nichts anderem als in formalen und doch irgendwie festen Schranken des richterlichen Urtheils bestehen kann. Warum ist man auf die sinnreiche Auskunft, eine Schrankenlosigkeit durch die andre zu bessern, nicht schon damals gekommen, als man der Schrankenlosigkeit des Zinswuchers steuern wollte, ohne doch zu den alten starren Zinsbeschränkungen zurückzukehren? warum hat man dem Richter nicht die Herabsetzung jedes vereinbarten Zinsfußes nach seinem Ermessen überlassen? Die nahe Verwandtschaft beider Fragen ist offenbar, und so nehmen auch die Motive des Entwurfs als selbstverständlich an, daß die Bestimmungen des Wuchergesetzes auch auf Konventionalstrafen Anwendung finden, die nur der Verschleierung des Wuchers dienen. Damit ist aber schon der Weg gewiesen, um übermäßige Konventionalstrafen, die nicht zum Geldwucher, aber doch „unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit Anderer“ abgedungen worden sind, der richterlichen Ermäßigung zu unterstellen; es würde dies gerade die in der Verhandlung vornehmlich hervorgehobenen Mißbräuche treffen. Doch die Gesetzgebung braucht dabei nicht stehen zu bleiben. Soweit sich die Konventionalstrafe auf vermögensrechtlichem Boden bewegt, kann sie im letzten Grunde keinen andern Gegenstand haben als das Vermögensinteresse, nur daß sie indirektes mit direktem, unerweisliches mit erweislichem Interesse überschläglich zusammenfaßt. An der alten Vorschrift, daß sie das Doppelte des erweislichen Interesses nicht übersteigen dürfe, war also nur die starre und willkürliche Abgrenzung für den heutigen Verkehr unbrauchbar. Unbedenklich aber ist es, zu bestimmen, daß der Richter eine Konventionalstrafe dann ermäßigen kann, wenn sie das zur Zeit der Einforderung ersichtliche und auch das nur muthmaßliche Interesse des Einfordernden unverhältnißmäßig übersteigt — in diesem Falle jedoch unter dem Vorbehalt, den aberkannten Theil oder das volle Interesse nachzufordern, wenn aus neuen Thatsachen eine weitere Schädigung dargethan werden kann. Endlich läßt sich auch für die Ermäßigung der zur Sicherung eines nicht vermögensrechtlichen Interesses vereinbarten Strafe der richterlichen Schätzung ein bestimmter Anhalt daran geben, daß die Strafe in einer den erkennbaren Um-

ständen unangemessene Höhe ersichtlich aus Laune oder Uebermuth oder zum Zwecke der Erpressung (nicht im strafrechtlichen, sondern im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs) eingefordert wird. Soll aber der Richter die Ermäßigung ohne Feststellung greifbarer Umstände dieser Art, die eine rechtliche Nachprüfung zulassen, aussprechen dürfen, so wird die Konventionalstrafe für das Geschäftsleben werthlos, da Niemand mehr darauf rechnen kann, mit ihr zu erreichen, was er verständiger Weise erreichen wollte.

Auf dem Gebiete des Familienrechts wurde nur die Frage über die Behandlung der Ehescheidungsgründe in Berathung genommen. Die Angriffe richteten sich, wie die Beschlüsse ergeben, gerade gegen diejenigen Grundsätze des Entwurfs, welche bei Besprechung desselben an dieser Stelle volle Zustimmung gefunden haben. Die Abtheilung sprach sich dahin aus, daß die Ehescheidungsgründe nicht auf Fälle einer Verschuldung zu beschränken, jedenfalls unheilbarer Wahnsinn als Scheidungsgrund anzuerkennen sei; und daß eine clausula generalis im Sinne des § 1444 nur gegeben werden solle für die Fälle unmittelbarer Feindseligkeiten des einen Ehegatten gegen den andern (schwere Mißhandlungen, Beleidigungen und sonstige Verletzungen), alle anderen Scheidungsgründe aber als sog. absolute genau und bestimmt zu bezeichnen seien. Die Gründe, welche für diese Ansichten vorgebracht wurden, geben uns keinen Anlaß, von den an dieser Stelle gegebenen Ausführungen irgendwie zurückzukommen; leider mußte das Plenum wegen Zeitmangels von der Berathung dieser Frage absehen.

Im Gebiete des Erbrechts erklärte sich der Juristentag für die Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente der Ehegatten und (unter Voraussetzung des künftigen Zustandekommens ihrer Ehe) der Verlobten. Treffend sagte der Referent zur Begründung dieses Beschlusses, daß die völlige Lebensgemeinschaft, zu welcher Eheleute auch in wirthschaftlicher Beziehung zusammenwachsen, so daß sie nicht mehr von mein und dein, sondern nur von unser reden, natürlich und selbstverständlich auf den Gedanken führe, den ungetrennten Uebergang des ganzen Vermögens nach gleichem Willen auch in einer einzigen Urkunde zu erklären, so daß schon die Fragestellung sie in ein anderes Verhältniß zu den einzelnen Bestimmungen bringt, als wenn jeder in einem besonderen Testament verfügen würde, wobei jeder vielmehr auf seine besonderen Interessen und Wünsche geführt würde. — Auf die Frage, welche Grundsätze über das Verhältniß der Miterben und

ihre Auseinandersetzung aufzustellen seien, sprach sich der Juristentag entgegen den vom Entwurf aufgenommenen Grundsätzen des römischen Rechts und in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem preußischen Landrecht dafür aus, daß die Miterben über den Aktivnachlaß und dessen Bestandtheile bis zu der unter ihnen erfolgenden Auseinandersetzung nur gemeinschaftlich verfügen können, und daß sie entsprechend für die Nachlaßschulden gemeinschaftlich und solidarisch haften, soweit sie den Nachlaß besitzen oder erwerben, daß sie indeß diese Haftung durch eine Aufforderung an die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen in bestimmter Frist ablehnen bezw. beschränken können. Diese Beschlüsse entspringen einer durchaus gesunden Auffassung des Erbverhältnisses und sind ebenso geeignet, die Nachlaßregulirung zu vereinfachen und zu erleichtern.

Während die bisher besprochenen Beschlüsse Gegenstände von wirthschaftlicher oder sonst ohne Weiteres greifbarer Bedeutung für das Rechtsleben betreffen, handelte es sich in den beiden noch übrigen Verhandlungen in erster Reihe um juristische Begriffe und Konstruktionen, deren praktische Tragweite nur allenfalls durch Beispiele sich erläutern läßt. — Die Frage, ob der Begriff der Anspruchsverjährung im Sinne des Entwurfs beizubehalten sei, wurde von keiner Seite bejaht; auch zeigte sich allgemeines Einverständniß darüber, daß die Verjährung so wenig den bloßen Anspruch als die bloße Klage, sondern das Recht selbst treffen müsse, aus welchem Anspruch oder Klage entspringen. Hier aber warf sich das Bedenken auf, ob sich überhaupt ein umfassender Begriff der Verjährung aufstellen lasse, der in gleicher Weise die verschiedenen Arten der Rechte wirksam zu treffen geeignet ist. Auf reine Familienrechte findet die Verjährung, wie der Entwurf wenn auch unklar (§ 154 Abs. 2) anerkennt, überhaupt keine Anwendung. Für persönliche Rechte vermögensrechtlichen Gegenstandes, da sie ganz in dem Anspruche gegen eine bestimmte Person aufgehen, genügt das Erlöschen dieses Anspruchs, um das Recht selbst zu zerstören. Dingliche Rechte aber können nur dadurch zum Untergang gebracht werden, daß der negative Begriff der Verjährung in den positiven der Erlöschung umgesetzt wird; und wenn der Antrag der Referenten durch eine bloß erlöschende Verjährung zu Wege bringen wollte, daß auch von dem dinglichen Rechte „ein rechtlich wirksamer Rest nicht zurückbleibe", so hätte nicht gerade diese handgreifliche Unklarheit zu einem Tadel gegen den Entwurf gewendet werden sollen. Die Versammlung umging diese Schwierigkeit auf

dem seltsamen Wege, daß sie den Antrag, es sollten die Wirkungen der Verjährung für jede Art der Rechte nach deren besonderer Natur besonders geordnet werden, aber auch den erwähnten allgemeinen Satz des Antrages der Referenten ablehnte. Der Grund dieser Ablehnung ist wohl darin zu suchen, daß der Antrag die Verjährung ohne Weiteres an den Ablauf der Verjährungszeit knüpfte, was ausdrücklich dahin erläutert wurde, daß die Wirkung von Rechtswegen eintreten und durch den Richter von Amtswegen beachtet werden solle. Dagegen hatte sich aus der Versammlung nachdrücklicher Widerspruch erhoben, und es darf der ablehnende Beschluß als Ausspruch dafür angesehen werden, daß, wie der Entwurf § 182 bestimmt, die Verjährung nur dem Anspruche eine Einrede entgegenstellt. Die übrigen Sätze des Antrags der Referenten, theils Folgen, theils Ausnahmen des allgemeinen Satzes aussprechend, wurden angenommen und stehen nun unter den Beschlüssen des Juristentags als Glieder ohne Haupt da. Der nunmehr erste dieser Sätze spricht als Folge den Grundsatz aus, daß auch die Geltendmachung des verjährten Rechts im Wege der Feststellungsklage oder Einrede ausgeschlossen sein müsse. Es richtet sich dieser Ausspruch nicht sowohl gegen den Entwurf als gegen die Motive, welche die fortdauernde Zulässigkeit der Klage auf Feststellung eines Rechts, aus welchem der Anspruch verjährt ist, daher ausklauben, daß die Feststellungsklage überhaupt keinen Anspruch im Sinne des § 154 d. E. (Recht, von einem Andern eine Leistung zu verlangen) verfolge, also auch nicht der „Anspruchs"-verjährung unterliegen könne. Auch bezüglich der Einreden haben die Motive durch Aufnahme der Windscheidschen Unterscheidung von selbständigen und unselbständigen Einreden eine Unklarheit in die Bestimmungen des Entwurfs gebracht, welche von Gutachtern und Referenten scharf gerügt wurde, durch den angenommenen Satz aber nicht eben geklärt ist. Er trifft wörtlich nur diejenigen Einreden, welche dem geklagten Rechte ein selbständiges Recht entgegenstellen (Einreden der Kompensation, des dinglichen Rechts an der streitigen Sache) und die selbstverständlich mit dem Rechte verjähren müssen. Sehr nahe stehen diesen Einreden diejenigen, welche einen Gegenanspruch aus dem geklagten Rechtsverhältnisse verfolgen (z. B. wegen Mängelhaftung). Für diese kommt die Verjährung als Einrede dann in Frage, wenn wie in dem angeführten Beispiele für die Klage aus dem Gegenanspruch eine besondere Verjährungsfrist besteht. Daß die Antragsteller übereinstimmend mit dem Entwurf in ihrem Folgesatze auch diese

Einreden treffen wollten, ergab sich aus der Fassung des Grundsatzes, welcher diese Ansprüche als verjährbare „Rechtsverhältnisse" neben die Rechte stellte; die Ablehnung dieses Satzes macht auch die Tragweite des angenommenen ungewiß. Wenn es im Sinne der kurzen Verjährung solcher Ansprüche liegt, daß sie zu einer Zeit geltend gemacht werden, wenn die Sachlage noch nicht verdunkelt ist, so folgt daraus nicht, daß ein Gegenanspruch durch Klage erhoben werden müßte, so lange der Hauptanspruch nicht erhoben ist. Den besten Ausweg hat Bähr in seinem Gutachten vorgeschlagen: daß die Einrede durch eine Anzeige erhalten werden könne, wie ja auch die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts (wegen Betrugs, Drohung) nach § 113 d. E. wirksam durch einfache Willenserklärung geschieht. Daß Einreden, welche lediglich das geklagte Recht verneinen, der Verjährung nicht unterliegen, folgt aus dem Begriff derselben als eine Rechtsverwirkung wegen unterlassener Geltendmachung. Die bloße Verneinung ist kein verwirkbares Recht, und treffend führt Bähr aus, daß aus der Möglichkeit, eine negative Feststellungsklage anzustellen (als welche er richtig auch die sog. Liberationsklage auffaßt), niemals eine Verjährung abgeleitet werden dürfe. Noch auf eine Gefahr macht Bähr aufmerksam, welche durch die Motive in den Entwurf hineingetragen wird. Indem sie daraus, daß die in den §§ 704, 705 versteckte actio doli auf Schadensersatz nach § 719 in drei Jahren verjährt, zunächst die gleichzeitige Verjährung der entsprechenden Einrede folgern, werfen sie mit dieser die allgemeine Einrede der Unredlichkeit (sog. exceptio doli generalis) zusammen, obwohl diese gar nicht nothwendig darauf gegründet wird, daß der Gegner in seinem früheren Verhalten es auf einen Betrug angelegt, sondern daß seine jetzige Forderung seinem ganzen Verhalten den Stempel der Unredlichkeit aufdrücke. — Die beiden folgenden Sätze, daß „gleichwohl die Aufrechnung mit verjährten Forderungen (entgegen dem Entwurf) zu gewähren ist, wenn zur Zeit des Eintritts der Möglichkeit der Aufrechnung die Verjährung noch nicht vollendet war" und daß (übereinstimmend mit dem Entwurf) „ein Pfandrecht durch die bloße Schuldverjährung nicht zum Untergang gebracht zu werden braucht", erscheinen im Zusammenhange des Antrags als Ausnahmen von dem abgelehnten Grundsatze, sind aber in der That nur Folgen aus dem richtigen Begriffe der Verjährung, da derjenige sein Recht nicht verwirken kann, der keinen Anlaß und insoweit er keinen Anlaß hatte, es geltend zu machen. In Wahrheit ist also in beiden Fällen

das Recht insoweit nicht verjährt, als ihm noch Wirkungen zugestanden werden. — Der letzte Satz „es muß rechtlich möglich bleiben (wie auch der Entwurf bestimmt), auf die verjährte Schuld Leistungen zu machen, deren Rückforderung ausgeschlossen ist", führt nothwendig auf die von Bähr empfohlene Zulässigkeit der rechtswirksamen Anerkennung einer verjährten Schuld, denn die Rückforderung kann aus keinem andern Grunde ausgeschlossen werden, als weil die Leistung eine Anerkennung der Schuld ist, und die Möglichkeit der Anerkennung folgt daraus, daß die Verjährung nicht von Rechtswegen wirkt, sondern nur dem in Anspruch Genommenen ein Mittel der Abwehr giebt, dessen Anwendung ganz in sein Gewissen gestellt ist. —

Mit seltener Einmüthigkeit wurde die Frage verneint, ob sich die Beibehaltung der Vorschriften des Entwurfs über den Irrthum bei Willenserklärungen empfehle. Der Entwurf hat in dem grundlegenden § 98: „Beruht der Mangel an Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrthume des Urhebers, so ist die Willenserklärung nichtig, wenn anzunehmen ist, daß der Urheber bei Kenntniß der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde", die nach allgemeinem Zugeständnisse in der romanistischen Rechtslehre zur Zeit herrschende Meinung aufgenommen. Freilich wann und wie sie zur herrschenden Meinung geworden, ist fast räthselhaft, da Savigny im System (III. S. 258), ohne auch nur der Möglichkeit einer gegentheiligen Auffassung zu gedenken, davon ausgeht, daß „alle Rechtsordnung gerade auf der Zuverlässigkeit jener Zeichen beruht, wodurch allein Menschen mit Menschen in eine lebendige Wechselwirkung treten können", und daraus unmittelbar folgert, „demnach darf ein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nur angenommen werden, insofern er für den, welcher mit dem Handelnden in unmittelbare Berührung kommt, *erkennbar* ist oder wird, also unabhängig bleibt von dem bloßen *Gedanken* der Handelnden", — und da in den Windscheid'schen Pandekten bis zur vierten Auflage (1875) sich in § 78 a. E. der Satz findet: „Jeder Kontrahent hat ein Recht auf die Erklärung des andern Kontrahenten in *dem Sinne*, in welchem er sie *auffassen* mußte", während freilich vorher in § 76 ohne Arg des Selbstwiderspruchs die „herrschende Meinung" vorgetragen ist. Jedenfalls ist es bezeichnend für den Werth solcher herrschenden Lehrmeinungen — „Willensdogma" ist die vorliegende von ihren eigenen Vertretern genannt worden, — daß in der Versammlung keiner, auch nicht von den zahlreich

anwesenden Rechtslehrern, für die Bestimmung des Entwurfs auftrat, und daß selbst einer der geistreichsten Verfechter des Willensdogmas, Zitelmann, als Referent sich de lege ferenda von demselben lossagte. In der That ist das „Willensdogma" die vollständigste naturrechtliche Umkehrung der geschichtlichen Rechtsbildung, welche überall von dem strengsten Haften am feierlichen Worte ausgeht und auch nachdem die voluntatis ratio als Grundsatz der Aequität vollständig durchgedrungen ist, nie an einen andern als den aus den Worten in Verbindung mit den Umständen erkennbaren Willen gedacht hat. Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes kann also nur da angenommen werden, wo der Mangel der Uebereinstimmung nach Worten und Umständen erkennbar ist oder sonst der erkennbare Wille den rechtlichen Bedingungen des Geschäfts nicht genügt. Sonst aber ist davon auszugehen, daß Jeder durch seine Erklärung in dem Sinne gebunden wird, in welchem sie nach der im Verkehr üblichen Wortbedeutung im Zusammenhang mit den begleitenden Umständen zu verstehen war. Nur von diesem Ausgangspunkte kann demnächst aus bestimmten Billigkeitsgründen Abhülfe gegen die Folgen eines Irrthums gewährt werden, so weit es eben auch dem andern Theile gegenüber der Billigkeit entspricht. Diese Auffassung ist denn auch im Beschlusse des Juristentages niedergelegt: „Wer in dem Ausdruck seines Willens fehl griff, oder wer eine Verwechselung beging, kann die Willenserklärung anfechten, wenn der Fehlgriff oder die Verwechselung einen nach der allgemeinen Verkehrssitte wesentlichen Punkt betraf. Er muß jedoch demjenigen, der auf die Gültigkeit der Willenserklärung vertraut, den dadurch erlittenen (auch nicht vermögensrechtlichen) Schaden ersetzen. Dem Fehlgriff im Ausdruck steht es gleich, wenn die Willenserklärung durch die Personen oder Anstalten, welche der Erklärende zur Uebermittelung seiner Erklärung gewählt hat, entstellt übermittelt wird, höhere Gewalt ausgenommen". Da der Antragsteller ausdrücklich erklärte, daß mit diesen Sätzen nur die Richtung für die in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmenden Bestimmungen bezeichnet sein sollte, und in der That der ganze Stoff noch einer sorgfältigen Durcharbeitung bedürfen wird, so kann von der Erörterung von Nebenfragen, welche in die Verhandlung hineinspielten, an dieser Stelle abgesehen werden.

Aus der Praxis.

Nr. 30.

Oertliche Zuständigkeit des Fideikommißrichters im Gebiete des Allgemeinen Landrechts.

Gesetz v. 5. März 1855 (G.S. S. 175).

(Verfügungen des Justizministers vom 24. Juli 1867 — III. 2414 — und vom 18. Juli 1889 — I. 2514.)

Ueber die Frage, ob im Gebiete des Allgemeinen Landrechts bei Güter-Familienfideikommissen als die zuständige Fideikommißbehörde dasjenige Oberlandesgericht anzusehen ist, in dessen Bezirk der Stifter bei Errichtung des Fideikommisses seinen Wohnsitz hat, oder dasjenige Oberlandesgericht, in dessen Bezirk die dem Fideikommisse gewidmeten Güter belegen sind, herrscht in der Literatur noch heut Meinungsverschiedenheit. Zur Beseitigung derselben dürfte eine Mittheilung der Gründe, aus denen die Streitfrage im Justizministerium stets im Sinne der ersten Alternative beantwortet worden ist, und der in den Verfügungen des Justizministers in Bezug genommenen Entstehungsgeschichte des Gesetzes vom 5. März 1855, die Kompetenz der Gerichtsbehörden in Familien-Fideikommißsachen betreffend, beitragen.

Bis zum Erlaß der Verordnung vom 2. Januar 1849 gehörte nach § 6 A.G.O. II. 1 und §§ 62 ff., 29 ff. A.L.R. II. 4 die Verlautbarung und Bestätigung der Familienfideikommiß-Stiftungsurkunden vor den ordentlichen persönlichen Richter des Stifters. Bei Güterfideikommissen mußte die Verlautbarung vor dem Richter der Sache, sofern derselbe von dem persönlichen Richter verschieden war, hinzukommen. Der § 2 des Gesetzes vom 15. Februar 1840 über Familienschlüsse bei Familienfideikommissen 2c. übertrug dem persönlichen Richter auch die Aufnahme, Bestätigung und Ausfertigung der Familienschlüsse und bezeichnete ihn ausdrücklich als „den Fideikommißrichter."

Der ordentliche persönliche Richter war für eximirte Personen nach §§ 42 ff. A.G.O. I. 2 das Obergericht, für nicht eximirte Personen nach §§ 8 ff. a. a. O. das Untergericht, in dessen Bezirk der Stifter seinen Wohnsitz hatte.

Die Verordnung vom 2. Januar 1849 hob im § 9 den eximirten Gerichtsstand für Personen und Sachen auf, schuf statt der Untergerichte Stadt- und Kreisgerichte, statt der Obergerichte Appellationsgerichte und übertrug im § 20 den Stadt- und Kreisgerichten außer

der streitigen Gerichtsbarkeit erster Instanz in Civil- und Strafsachen alle übrigen Geschäfte der Justizverwaltung, soweit solche nicht den Appellationsgerichten vorbehalten wurden. Vorbehalten wurden aber den Apellationsgerichten im § 25 unter

4. die bisher zu ihrer Kompetenz gehörigen Lehns-, Familienfideikommiß- und Familien-Stiftungs-Sachen, solange über Lehne und Fideikommisse von der Gesetzgebung nicht anderweit verfügt worden.

Ueber den Sinn dieses Vorbehalts entstanden bei den Gerichten Zweifel. Man stritt darüber, ob unter den bisher zur Kompetenz der Appellationsgerichte gehörigen Fideikommissen

nur solche zu verstehen seien, welche bei Einführung der Verordnung vom 2. Januar 1849 bereits bestanden,

oder

auch die noch zu errichtenden Familienfideikommisse früher eximirter Personen,

und ferner für den Fall, daß die erste Alternative zutreffen sollte,

ob als bestehende Familienfideikommisse nur die vor der Geltung des Gesetzes vom 2. Januar 1849 bereits verlautbarten und bestätigten, oder auch solche Familienfideikommisse zu erachten seien, bezüglich deren die Verlautbarung und Bestätigung zwar noch nicht erfolgt, wohl aber in Antrag gebracht war.

Der Justizminister entschied sich zwar für die beschränktere Bedeutung des gedachten Vorbehalts, empfahl jedoch mit Rücksicht auf die immerhin nicht zu verkennende Zweifelhaftigkeit der Frage, in den hervorgehobenen Fällen die Verlautbarung und Bestätigung der Stiftungsurkunden sowohl bei den Appellationsgerichten als bei den Gerichten erster Instanz zu bewirken.

Die Beseitigung der vorstehend gedachten Zweifel war der nächste Zweck des Gesetzes vom 5. März 1855. Außerdem erschien die in der Verordnung vom 2. Januar 1849 beliebte Theilung der fideikommißrichterlichen Zuständigkeit zwischen den Gerichten der ersten und zweiten Instanz gegenüber der bezüglich des Bestandes der Familienfideikommisse inzwischen eingetretenen Aenderung der Gesetzgebung nicht mehr zweckmäßig. Bevor nämlich die Verordnung vom 2. Januar 1849 erging, hatte Artikel 38 der Verfassungsurkunde vom 5. Dezember 1848 die Stiftung neuer Familienfideikommisse untersagt und die Verwandlung der bestehenden Familienfideikommisse in freies Eigenthum durch ein zu erlassendes Gesetz in Aussicht gestellt. Diese

in den Artikel 40 der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 übergegangene Bestimmung war jedoch durch das Gesetz vom 5. Juni 1852 aufgehoben worden. Während daher in Betreff der Kompetenzvertheilung bei Erlaß der Verordnung vom 2. Januar 1849 mit einem scheinbar absterbenden Institute gerechnet wurde, galt es nunmehr, bei Erledigung der bestehenden Zweifel zugleich die sachliche Zuständigkeit so zu ordnen, daß den an Zahl voraussichtlich immer mehr zunehmenden Fideikommißsachen eine ihrer Wichtigkeit und Schwierigkeit entsprechende Behandlung und die Bildung einer einheitlichen festen Praxis gesichert wurde.

Da diese Bedingungen bei den Gerichtshöfen zweiter Instanz, nicht aber bei denen der ersten Instanz als vorhanden erachtet wurden, so gab die Regierungsvorlage von den beiden in den Motiven als möglich bezeichneten Wegen zweckentsprechender Neuregelung der Kompetenz, nämlich

1. „mit gänzlicher Beseitigung des in § 25 Nr. 4 (der Verord. v. 2. Januar 1849) gemachten Vorbehalts die Bearbeitung sämmtlicher Familienfideikommiß-Sachen auf die betreffenden Gerichte erster Instanz zu übertragen, den Appellationsgerichten nur die Funktion der Aufsichts- und Beschwerde-Instanz zuzuweisen",

oder

2. „den Vorbehalt des § 25 Nr. 4 dergestalt zu erweitern, daß die Appellationsgerichte als fora specialia causae für sämmtliche Familienfideikommiß-Sachen ihres Departements konstituirt werden",

dem letztgedachten Weg den Vorzug.

„Auf diesen Gesichtspunkten beruhen", so heißt es in den Motiven, „die §§ 1 und 2 des Entwurfs", welche *sachlich* unverändert Gesetz geworden sind.

(Stenographische Berichte über die Verhandlungen der durch die Allerhöchste Verordnung vom 14. November 1854 einberufenen Kammern. Anlagen zu den Verhandlungen der Ersten Kammer Nr. 3 S. 25 ff.)

Hiernach kann es nicht zweifelhaft sein, daß im Sinne der Regierungsvorlage unter den

sämmtlichen Familienfideikommissen *ihres Bezirks*,

für welche nach § 1 die Appellationsgerichte fortan die Fideikommißbehörden bilden sollten, diejenigen Familienfideikommisse verstanden werden mußten,

für welche nach dem bisherigen Rechte entweder sie selbst oder die zu ihrem Bezirk gehörigen Stadt- oder Kreisgerichte zuständig waren.

Demgemäß verordnete der wörtlich in das Gesetz übergegangene § 2 des Entwurfs auch nicht, daß die Appellationsgerichte bisher von ihnen bearbeitete Fideikommißsachen an andere Appellationsgerichte, nämlich an die Appellationsgerichte der belegenen Sache, abzugeben hätten, sondern bestimmte als Konsequenz des § 1 nur, daß

„demzufolge die Bearbeitung sämmtlicher bisher von den Gerichten erster Instanz bearbeiteten Familienfideikommiß-Sachen auf das betreffende Appellationsgericht übergehe."

Die Berichte der Kommissionen und die Plenarberathungen beider Kammern über den Gesetzentwurf ergeben, daß übereinstimmend von der gleichen Auffassung ausgegangen wurde.

In dem Bericht der Kommission für Justiz-Sachen der Ersten Kammer vom 14. Dezember 1854

(Stenographische Berichte a. a. O. Nr. 3 S. 29)

ist aus den in der Regierungsvorlage geltend gemachten Gründen „einstimmig die Nothwendigkeit anerkannt, die Kompetenz der Gerichtsbehörden für Familienfideikommisse im gesetzlichen Wege zu reguliren." Dann heißt es weiter:

„Bei der Erwägung der Frage: ob dieser Gerichtsstand den Kreisgerichten oder den Appellationsgerichten zu übertragen? ist die Kommission nicht einen Augenblick darüber zweifelhaft gewesen, daß derselbe zweckmäßig den zuletzt erwähnten Gerichten zu überweisen sei.

— — — — — — — — — — — — — — — — — — — —

Der Regierungs-Kommissar gab hierbei noch die Auskunft, daß nach den bei dem Justiz-Ministerum gesammelten Notizen bei 20 Appellationsgerichten jetzt noch 276, bei ihren Kreisgerichten aber nur 16 Familienfideikommiß-Sachen bearbeitet würden: eine Auskunft, aus der sich die in den Motiven der Gesetzes-Vorlage aufgestellte Behauptung vollkommen rechtfertigt, wonach mit der Ueberweisung dieser Rechtsangelegenheiten an die Appellationsgerichte im Allgemeinen nur das Bestehende festgehalten werden würde."

In der Sitzung der Ersten Kammer vom 16. Dezember 1854 beantragte der Stadtrath Rummel,

im Alinea 1 des § 1 nach den Worten „ihres Bezirkes" hinzuzufügen: „bei neu zu gründenden dasjenige Appellationsgericht, in welchem der Stifter seinen Wohnsitz hat. Hat der Stifter seinen

Wohnsitz in den Bezirken verschiedener Appellationsgerichte, so wird dasjenige Appellationsgericht Fideikommißbehörde, bei welchem Stifter die Stiftungsurkunde verlautbaret."

Er begründete dieses Amendement wie folgt:

„In den Motiven des Gesetzes ist hervorgehoben, daß bisher der persönliche Richter der Fideikommißrichter gewesen ist. Die Fassung des Gesetzes enthält diese Bestimmung nicht mehr, sondern sagt im Allgemeinen fest: die Appellationsgerichte bilden fortan die Fideikommißbehörde für die Familienfideikommisse ihres Bezirks. Es ist also von der Bestimmung des Allgemeinen Landrechts, bezw. der Gerichtsordnung, abgegangen worden. Dabei ist mir ein Bedenken erwachsen, welches eigentlich schon gegen die frühere Fassung des Landrechts obwaltete, daß nämlich der persönliche Richter nach den Bestimmungen der Gerichtsordnung ein verschiedener sein kann. Es kann nämlich Jemand einen persönlichen Gerichtsstand in zwei verschiedenen Appellationsgerichts-Bezirken haben, und das kann auch eintreten bei denjenigen Personen, welche künftig Familienfideikommiß-Stiftungen treffen wollen. Bei diesen könnte das Bedenken erhoben werden, welches Appellationsgericht demnächst die betreffende Fideikommißbehörde sein soll, und es scheint mir zur Beseitigung der Zweifel, die bei einer so wichtigen Angelegenheit jedenfalls völlig zu heben, für nothwendig erachtet werden dürfte, erforderlich, daß dieser Punkt durch einen Zusatz außer Zweifel gesetzt werde."

Hierauf erwiderte der Justizminister Simons:

„Es scheint mir aus der Fassung des Amendements schon hervorzugehen, daß es desselben nicht bedarf. Er hat den Fall vor Augen, wo Jemand einen doppelten Wohnsitz hat, und es wird die Frage erhoben, welcher Gerichtshof dann in Beziehung auf eine neue Fideikommißstiftung der kompetente sei.

Aus der bestehenden Gesetzgebung ergiebt sich schon, daß es derjenige sein würde, an den der Fideikommiß-Stifter sich wendet, indem für denselben die Prävention entscheidet. Da dieser Satz sich schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen herleiten läßt, so wird es nicht nöthig sein, darüber in dem Gesetze etwas zu sagen."

Nachdem Dr. Zander der Auseinandersetzung des Justizministers zugestimmt, und der Stadtrath Rummel nochmals seinen Antrag befürwortet und dabei hervorgehoben hatte,

es scheine ihm nothwendig, festzustellen, welches Appellationsgericht

kompetent sei, wenn z. B. der Stifter in zwei Appellationsgerichts-Bezirken seinen persönlichen Wohnsitz habe oder das Fideikommiß in einem andern Bezirk, als in dem, wo der Stifter seinen persönlichen Wohnsitz habe, liege,

erklärte Dr. von Düesberg:

„Bei den Berathungen in der Kommission ist auch die Frage zur Sprache gekommen, ob eine nähere Bestimmung darüber nothwendig: wer der Fideikommißrichter sei. Nachdem man die verschiedenen hierauf bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen verglichen hatte, namentlich auch das Gesetz von 1840, welches neben anderen wichtigen Anordnungen in Betreff der Fideikommisse auch eine ausdrückliche Bestimmung darüber enthält, wer der Fideikommißrichter ist,*) hat die Kommission die Ueberzeugung gewonnen, daß es in fraglicher Hinsicht keiner näheren Bestimmung bedürfe. Was von dem Herrn Antragsteller gesagt worden, ist an sich vollkommen richtig; allein die Zweifel, die darin angeregt worden, erledigen sich vollständig nach den bestehenden Gesetzen, und deshalb erscheinen weitere Bestimmungen hierüber nicht erforderlich ...."

Der Berichterstatter von Frankenberg-Ludwigsdorf äußerte sich sodann dahin, daß er

nach dem, was die Vorredner gesagt haben, die Sache für materiell erledigt erachte und in Vertretung der Kommission nur darauf antragen könne, das Amendement zu verwerfen,

wonächst Stadtrath Rummel „nach den Erklärungen" sein Amendement zurückzog.

(Stenographische Berichte 2c. Erste Kammer. I. Bd. S. 48, 49.)

Die in dieser Weise erledigten Zweifel über die örtliche Zuständigkeit sind dann in der Zweiten Kammer gar nicht mehr zur Sprache gekommen. Der Kommissionsbericht vom 25. Januar 1855 enthält zunächst eine Umschreibung der in der Regierungsvorlage für die Bedürfnißfrage geltend gemachten Erwägungen, erkennt es als angemessen an,

daß sämmtliche Familienfideikommisse entweder den Gerichtshöfen erster Instanz oder den Appellationsgerichten zugetheilt werden,

*) Diese Bestimmung enthält der oben zitirte § 2, welcher den im § 29 A.L.R. II. 4 gedachten persönlichen Richter des Stifters als Fideikommißrichter bezeichnet.

und motivirt die einstimmig beschlossene Konzentrirung aller Fideikommiß-Sachen bei den Appellationsgerichten mit den Worten:

„Jedenfalls wird aber auch ferner der einmal vorhandene Zustand der Gerichtsverfassung durch den Uebergang der wenigen Sachen von den Gerichten erster Instanz auf die Appellationsgerichte bei weitem weniger berührt, als durch eine Vertheilung der vielen bei den Appellationsgerichten schwebenden Sachen auf die Behörden erster Instanz, und indem der Grundsatz als richtig anzuerkennen, daß unnöthige Veränderungen des einmal Bestehenden zu vermeiden sind, wird auch in dieser Beziehung die von der Staatsregierung vorgeschlagene Regulirung der Kompetenz gerechtfertigt." (Stenographische Berichte ꝛc. Zweite Kammer. Dritter Band. Anlagen I. Theil S. 81, 82.)

In der Plenarberathung vom 31. Januar 1885 wurde vom Berichterstatter auf die Regierungs-Motive und den Kommissionsbericht Bezug genommen und danach die Ueberweisung aller Fideikommißsachen in nicht streitigen Fällen an die Appellationsgerichte für gerechtfertigt erklärt. Die §§ 1 und 2 des Gesetzes wurden darauf von der Kammer ohne Debatte angenommen. (Stenographische Berichte ꝛc. Zweite Kammer. Erster Band. S. 162, 163.)

Hiernach darf als übereinstimmende Absicht aller Faktoren der Gesetzgebung bezeichnet werden, durch das Gesetz vom 5. März 1855 nur eine Regelung der sachlichen Zuständigkeit für die Familienfideikommißsachen zu bewirken, dagegen bezüglich der örtlichen Zuständigkeit die bestehenden Normen unberührt zu lassen.

Dieser Auffassung entsprechend, hat der Justizminister dem Kammergericht in der Verfügung vom 24. Juli 1867 in der von Z.schen Familienfideikommißsache eröffnet:

daß er „der Ansicht des Kollegiums, daß dasselbe das Fideikommißgericht für das im Ruppiner Kreise belegene zum Fideikommiß geordnete Rittergut C. sei, nicht beitreten kann.

Nach den Vorschriften des A.L.R. § 62 Titel 4 Theil II und des dort in Bezug genommenen § 29 a. a. O. und § 6 Nr. 2 Tit. 1 Theil II A.G.O. war der persönliche Richter des Stifters zur Aufnahme und Bestätigung des Fideikommisses berufen, die im § 63 Titel 4 Theil II A.L.R. vorgeschriebene Verlautbarung vor dem

Richter der Sache dagegen eine nur bei Grundfideikommissen hinzutretende Förmlichkeit.

Das Gesetz vom 5. März 1855 hat die Verlautbarung vor dem Richter der Sache aufgehoben, und im § 1 die Appellationsgerichte als Fideikommißbehörde für sämmtliche Fideikommisse ihres Departements erklärt.

Diese allgemeine Bestimmung beabsichtigt nur, die den Gerichten erster Instanz früherhin zugestandene Kompetenz in Beziehung auf Fideikommisse nicht eximirter Personen aufzuheben, und zur Erzielung eines gleichmäßigen Verfahrens auf die Obergerichte zu übertragen.

Dagegen ist es nicht beabsichtigt, an die Stelle des persönlichen Richters den Richter der Sache zu setzen. Die Appellationsgerichte sind demnach zur Bestätigung sämmtlicher Fideikommisse nur in gleicher Art berufen, wie sie es bis dahin nach den Vorschriften des A.L.R. und der A.G.O. und dem § 25 Nr. 4 der Verordnung vom 2. Januar 1849 rücksichtlich der ihrer Kompetenz unterworfenen Fideikommisse gewesen sind.

Nach den früheren Bestimmungen stand aber den Appellationsgerichten nur die Aufnahme und Bestätigung der Fideikommisse zu, deren Stifter seinen persönlichen Gerichtsstand vor ihnen hatte. Das Appellationsgericht kann deshalb zur Aufnahme und Bestätigung der Fideikommisse auch jetzt nur dann für kompetent erachtet werden, wenn der Stifter seinen persönlichen Gerichtsstand in dessen Departement hat, gleichviel, ob bei Güter-Fideikommissen die zum Fideikommiß gewidmeten Güter in demselben oder in einem anderen Departement liegen.

Nach diesen Grundsätzen sind die Streitigkeiten über die Kompetenz in Familien-Fideikommiß-Angelegenheiten bisher von dem Justizminister entschieden, und erachtet derselbe demzufolge in dem vorliegenden Falle, in welchem der Richter seinen persönlichen Gerichtsstand im Departement des Appellations-Gerichts Stettin gehabt hat, auch dieses Gericht zur Bestätigung des von Z.schen mit dem Rittergute C. errichteten Fideikommisses für kompetent."

Im gleichen Sinne hat der Justizminister neuerdings auf eine Anfrage des Oberlandesgerichts in Naumburg in der Verfügung vom 18. Juli 1889 Folgendes erwidert:

Dem Königlichen Oberlandesgericht erwidere ich in der W.schen Familienfideikommißsache auf den Bericht vom 29. v. M., daß diejenige

Auffassung des § 1 des Gesetzes vom 5. März 1855 (G.S. S. 175), welche in dem vom Kammergericht dem Kollegium abschriftlich mitgetheilten Reskript vom 24. Juli 1867 entwickelt worden, im Justizministerium stets festgehalten, übrigens auch in der Literatur mehr und mehr zur Geltung gelangt ist (vgl. z. B. Hinschius in der 8. Auflage des Koch'schen Kommentars zum Allgem. Landrecht Anm. 15 zu § 64 Theil II Titel 4 und Turnau, die Grundbuch-Ordnung, 4. Auflage I. S. 228).*)

Bei Auslegung des § 1. a. a. O. ist zu beachten, daß das Gesetz vom 5. März 1855 nur die Bestimmung hatte, die durch § 25 Nr. 4 der Verordnung vom 2. Januar 1849 hervorgerufenen Zweifel über die sachliche Zuständigkeit der Appellationsgerichte und der Kreisgerichte in Familienfideikommißsachen zu beseitigen, die sachliche Zuständigkeit der Kreisgerichte für diese Angelegenheiten durchweg aufzuheben und die Bearbeitung derselben ausschließlich den Appellationsgerichten zu übertragen. Eine Aenderung der bestehenden örtlichen Zuständigkeitsnormen ist dagegen nicht beabsichtigt worden. Daß hierüber bei den Faktoren der Gesetzgebung allseitiges Einverständniß herrschte, ergiebt sich aus den Motiven des den Kammern vorgelegten Gesetzentwurfs und den Kommissions- und Plenar-Berathungen beider Kammern.

Da bei Erlaß des Gesetzes vom 5. März 1855 der örtlich zuständige Fideikommißrichter nach § 2 des Gesetzes vom 15. Februar 1840 (G.S. S. 20) und dem darin angezogenen § 29 Theil II Titel 4 Allgemeinen Landrechts der persönliche Richter des Stifters war, so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß unter dem Appellationsgericht, welches nach § 1 des Gesetzes vom 5. März 1855 an die Stelle des persönlichen Richters, und zwar für alle Fideikommisse seines Bezirks treten sollte, das dem persönlichen Richter des Stifters übergeordnete Appellationsgericht zu verstehen ist.

Hiernach kann ich mich nur der in der Verfügung vom 24. Juli 1867 vertretenen Auffassung anschließen.

---

*) Auf Förster-Eccius Theorie und Praxis, IV. S. 254 und auf die Beiträge Bd. 24 S. 799 war schon vom Oberlandesgericht Bezug genommen worden.



Nr. 31.

1. Worin liegt der Unterschied zwischen Rechtsgeschäften unter Lebenden und von Todeswegen?

2. Vertritt ein Vater als Mitkontrahent seine Kinder (auch die noch nicht geborenen), so daß es der Annahme einer Zuwendung an sie nicht bedarf?

A.L.R. I. 5. § 75. I. 11. § 1060.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 2. November 1887 in Sachen B. und Genossen, Kläger, wider B., Beklagte. V. 184/87.)

Auf die Revision der Kläger ist das Urtheil des preuß. Kammergerichts aufgehoben und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen abgewiesen. Zwischen den Parteien besteht zunächst Streit darüber, wie die §§ 6 der beiden Verträge vom 8. Januar 1881 auszulegen sind. Der erste Richter hat mit der Beklagten angenommen, daß die darin getroffene Disposition über die eine Grundstückshälfte nur für den in den abgeänderten §§ 3 der Verträge gedachten Fall, daß nämlich die Beklagte vor ihrem Ehemanne verstürbe, gelten solle. Der zweite Richter hat die Entscheidung über diese Frage nicht getroffen und den von beiden Parteien über die Absicht der Kontrahenten angebotenen Beweis nicht erhoben, weil er die Zurückweisung der Klage aus zwei anderen Gründen für geboten erachtet. Bei Prüfung der Revision ist deshalb davon auszugehen, daß die Bestimmung in den gedachten §§ 6 auch für den jetzt eingetretenen Fall des Ablebens des Vaters der Kläger vor der Beklagten getroffen worden ist.

Der erste Entscheidungsgrund des Berufungsrichters geht dahin, die Bestimmungen in den §§ 6 a. a. O. karakterisiren sich als letztwillige Verordnungen, und seien daher Erbverträge; in Ermangelung der für diese Rechtsgeschäfte vorgeschriebenen Formen aber erzeugten die Abreden keine Rechtswirkung und könnten deshalb die Klage nicht stützen. Zu dieser Entscheidung gelangt der Berufungsrichter durch die Erwägung, daß die Verträge Bestimmungen für den Todesfall der Ehefrau (d. h. der Beklagten) enthalten, diese also beschränken wollen. Mit Recht greifen die Kläger diesen Entscheidungsgrund als rechtsirrthümlich an. Nicht jeder Vertrag, welcher Bestimmungen für den Fall des Todes eines Kontrahenten enthält, gehört zu den Rechtsgeschäften von Todeswegen. Geht die zum Ausdruck gebrachte Absicht der Kontrahenten dahin, daß durch den Vertrag schon jetzt

definitives Recht geschaffen, die Realisirung der Vertragsbestimmungen aber bis zum Tode des einen Kontrahenten hinausgeschoben werden soll, so liegt ein Rechtsgeschäft unter Lebenden vor, und soweit dessen Wirkungen reichen, sind die Kontrahenten in ihren rechtlichen Befugnissen beschränkt. Die Erfüllung des Vertrages gehört zu den Rechtspflichten der Erben des Verpflichteten. Anders, wenn die Kontrahenten durch den Vertrag kein sofortiges definitives Recht schaffen wollen, und nur verabredet wird, daß für die Erben eines Kontrahenten eine erst mit seinem Tode eintretende Verpflichtung entstehen soll. Solche, die Testirfreiheit beschränkende Verträge enthalten ein Rechtsgeschäft von Todeswegen. Nach diesen Grundsätzen mußte der Berufungsrichter prüfen, worauf der Wille der Kontrahenten gerichtet war? ob die Beklagte das Eigenthum an der einen Hälfte der Grundstücke nur auf Lebenszeit erwerben, und für die Kläger ein definitives Recht, kraft dessen sie mit dem Tode ihrer Mutter das Eigenthum erlangten, konstituirt werden sollte? oder ob die Beklagte sich nur verpflichtet hat, durch partikulären Erbvertrag den Klägern ein erst mit ihrem Tode zur Wirksamkeit gelangendes Recht auf die Hälften zuzuwenden? An dieser Prüfung fehlt es hier.

Da nach § 656 A.L.R. I. 12 Verträge, wodurch Eltern ihr Vermögen schon bei Lebzeiten ihren Kindern abtreten, nur als Verträge unter Lebenden anzusehen sind, und da der Berufungsrichter keinerlei Umstände, welche auf einen von dieser Regel abweichenden Vertragswillen schließen lassen, festgestellt hat, so ist davon auszugehen, daß die Kontrahenten in den §§ 6 der Verträge vom 8. Januar 1881 bestimmt haben, das Eigenthum an den ideellen Grundstückshälften habe der Beklagten nur für ihre Lebenszeit zustehen sollen, und den Klägern sei ein definitives Recht auf diese mit dem Tode ihrer Mutter ihnen zufallenden Hälften ausbedungen worden. —

Der zweite Entscheidungsgrund des Berufungsrichters geht dahin, daß die Kläger, auch wenn man einen Vertrag unter Lebenden annehme, die Erfüllung desselben nicht verlangen könnten, weil sie beim Abschluß desselben nicht vertreten gewesen seien. Auch diesen Grund greift die Revision mit Recht als irrthümlich an. Das frühere preuß. Obertribunal hat in einem analogen Falle, wo ein Großvater einer lebenden Enkelin, sowie seinen etwa später geborenen Enkeln ein Grundstück schenkte, und die Eltern der Enkel dem Vertrage genehmigend beitraten, ausgesprochen, daß die Enkel — gleichviel ob sie bereits geboren waren oder nicht — durch ihren Vater bei dem

Vertrage vertreten wurden, und daß es eines weiteren Beitritts der Enkel, wie ihn § 75 A.L.R. I. 5 bei Verträgen zum Vortheil eines Dritten verlangt, nicht bedurft habe. (Entsch. d. Obertribunals Bd. 47 S. 113 ff.) Diesen Rechtsgrundsätzen ist beizutreten. Die Anwendung derselben führt zur Verwerfung des vom Berufungsrichter gebilligten Entscheidungsgrundes. Der Vater der Kläger war bei den Verträgen vom 8. Januar 1881 Mitkontrahent. Als solcher vertrat er seine (auch noch nicht geborenen) Kinder, und zwar insbesondere bei Zuwendungen, welche ihnen ohne Gegenleistung gemacht wurden (A.L.R. I. 11 § 1060). Einer ausdrücklichen Bekundung seines Vertretungswillens, welche der Berufungsrichter vermißt, bedurfte es nicht. Der Wille, den Vertrag einzugehen, schließt den Willen, daß alle Bestimmungen desselben zu Gunsten sowohl des Kontrahenten, als der von ihm kraft Gesetz vertretenen Personen Rechtsbestand erlangen sollen, in sich. Wenn der Berufungsrichter weiter ausführt, dem Vater der Kläger habe die rechtliche Befugniß zu ihrer Vertretung gefehlt, so geht auch dieser Entscheidungsgrund fehl. Es mag richtig sein, daß der Vater seine Kinder nicht vertreten kann, wenn es sich um Vertragsbestimmungen handelt, durch welche die rechtliche Lage der Kinder zu Gunsten des Vaters geändert werden soll. Aber darum handelt es sich hier nicht. Die §§ 3 der Verträge vom 8. Januar 1881 sind durch die §§ 6 dahin abgeändert, daß das Eigenthum der Beklagten an den Grundstückshälften nicht mehr auf ihren Mann und ihre Kinder, sondern auf letztere allein übergehen sollte. Ein Grund, weshalb der Kläger bei dieser zu seinen Ungunsten, und zu ihren Gunsten getroffenen Aenderung sie nicht vertreten konnte, läßt sich nicht absehen.

Nr. 32.

Darf der Rechtsgrundsatz, daß bei Gutsüberlassungsverträgen der Vater alle seine Kinder vertritt, und daß es für die Rechtsgültigkeit von Zuwendungen an die Kinder deren Beitritts nicht bedarf, auf andere Verträge ausgedehnt werden? Ist für den Beitritt Schriftform nothwendig?

A.L.R. I. 5. §§ 75, 153.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 24. Januar 1889 in Sachen Johann Sch., Beklagten, wider H. und Gen., Kläger. IV. 279/88.)

Auf die Revision des Beklagten ist das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Marienwerder aufgehoben, und die Berufung der Kläger gegen das die Klage abweisende I. Urtheil zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Wittwe Elisabeth Sch. hat in dem Erbschaftskaufvertrage vom 6. Dezember 1868 das Erbschaftsrecht nach ihrem Halbbruder, dem Ehrendomherrn U., dem Beklagten, ihrem Sohne, verkauft. Im § 3 dieses Vertrages hat der Beklagte außer dem auf 500 Thlr. festgesetzten und als berichtigt angenommenen Kaufpreise folgende Verpflichtung übernommen:

> Außerdem verpflichtet sich Käufer, den Kindern des Sohnes der Verkäuferin, des Einwohners Andreas Sch. zu O., Namens Joseph, Elisabeth, Anna, August, Rosa, Andreas und Paul die Hälfte alles desjenigen, was ihm auf Grund des Erbschaftskaufes zugefallen ist, zu gleichen Theilen, jedoch erst, wenn sie die Großjährigkeit erreicht haben oder heirathen, zu zahlen.
>
> Es soll nämlich der dem Käufer nach Abzug der Schulden, Legate und sonstigen Auslagen zugefallene Erbtheil, soweit dieser nicht in baarem Gelde oder gemünzten Papieren besteht und soweit er nicht zur Bekleidung oder Kompletirung der Wäsche und Betten der Kinder verwandt wird, zu Gelde berechnet werden und der Käufer diese Gegenstände und Gelder ohne Sicherstellung hinter sich behalten.
>
> Bis zur Zahlung dieser Geldbeträge ist Käufer verpflichtet, dieselben mit 5 pCt. jährlich zu verzinsen, und sollen die Zinsen zum Unterhalt und zur Erziehung der Andreas Sch.'schen Kinder verwendet werden.

Aus diesem Erbschaftskaufvertrage haben vier der im § 3 erwähnten sieben Kinder des Andreas Sch. den vorliegenden Anspruch erhoben, mit welchem sie die Hälfte derjenigen Summe verlangen, welche der Beklagte ihrer Behauptung nach von dem Testaments-Exekutor des U.'schen Nachlasses auf den Antheil der Erbschaftsverkäuferin theils baar, theils durch Verrechnung erhalten hat.

Nach dem Thatbestande der Vorderurtheile ist klägerischerseits behauptet, von dem Beklagten aber bestritten, daß der Vater der sieben Geschwister Sch. bei der Aufnahme des Erbschaftskaufvertrages anwesend gewesen sei und als Vertreter der damals noch minderjährigen sieben Geschwister Sch. Namens derselben unter Zustimmung der Kontrahenten mündlich seinen Beitritt zu dem Erbschaftskaufvertrage erklärt habe.

Die Klage ist, wie bereits erwähnt, nur von vier der Andreas Sch.'schen Kinder erhoben. Die übrigen drei sind gestorben, desgleichen

der Vater Andreas Sch. Die den Uebergang der Antheile der verstorbenen Geschwister auf die Kläger betreffenden Behauptungen sind bestritten.

Der von den Klägern in zweiter Instanz gestellte Klageantrag geht dahin,

den Beklagten zu verurtheilen, 5442 M. 70 Pf. nebst 5 pCt. Zinsen seit dem 1. Juli 1884 bei der Königlichen Regierung in Marienwerder zu einer Joseph-Elisabeth-Anna-August-Rosalie-Andreas-Paul Sch.'schen Vertheilungsmasse behufs Vertheilung unter diese Personen resp. diese Rechtsnachfolger zu hinterlegen.

Der Beklagte hat die Aktivlegitimation der Kläger bestritten, weil dieselben nicht in rechtsgiltiger Form dem Erbschaftskaufvertrage beigetreten seien.

Das Landgericht hat aus diesem Grunde die Kläger mit ihrer Klage abgewiesen, indem es annahm, die Vereinbarung im Erbschaftskaufvertrage, durch welche der Beklagte sich verpflichtete, die Hälfte des Erbschaftsanfalls an die Kinder des Andreas Sch. zu zahlen, enthalte einen Vertrag zu Gunsten Dritter im Sinne des § 74 A.L.R. I. 5. Nach § 75 daselbst aber erlange der Dritte aus einem solchen Vertrage, an dessen Schließung er weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen habe, erst alsdann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten sei, und dieser Beitritt müsse nach § 153 a. a. O. schriftlich erklärt werden. Danach erlange der Dritte der Regel nach ein selbständiges Klagerecht erst durch den mit Zustimmung des maßgebenden Kontrahenten in rechtsgiltiger Form erklärten Beitritt zum Vertrage; von dieser Regel sei eine Ausnahme nur bei Gutsüberlassungsverträgen zu machen; ein solcher Vertrag aber liege nicht vor.

Das Oberlandesgericht sieht gleichfalls in dem § 3 des Vertrages vom 6. Dezember 1868, da hiernach Dritten aus reiner Liberalität ein Vermögensvortheil ohne Gegenleistung zugewendet werde, einen Vertrag zum Vortheil eines Dritten. Gleichwohl erachtet dasselbe die Anwendbarkeit der §§ 74—77 I. 5 für ausgeschlossen und die Begünstigten auch ohne besonderen Beitritt aus dem Vertrage berechtigt, weil sie als Dritte im Sinne jener Vorschrift nicht anzusehen seien. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts ist der in der Praxis geltende Grundsatz des Plenarbeschlusses des vormaligen preußischen Obertribunals vom 25. August 1846 (Entscheidungen Bd. XIV S. 68), wonach wenn ein Vater in dem mit einem seiner Kinder abgeschlossenen

Gutsüberlassungsvertrage seinen anderen Kindern Abfindungen ausgesetzt hat, der Gutsannehmer dem die Abfindung einklagenden Kinde nicht entgegensetzen kann, daß er dem Vertrage nicht beigetreten sei, einerseits auch auf andere Vermögensübertragungen auszudehnen, andererseits nicht nur auf den Vater zu beschränken, sondern auch bei der Mutter oder Großmutter in Anwendung zu bringen. Denn der Grund des Plenarbeschlusses, Stellvertretung der Kinder durch den Vater und mithin unmittelbare Theilnahme der Kinder an der Vertragsschließung, gelte auch bei der Mutter und Großmutter. Daher sei den Klägern ohne besonderen Beitritt eine Klage aus dem Erbschaftskaufvertrage vom 6. Dezember 1868 erwachsen. Danach sei der in zweiter Instanz nur noch aufrecht erhaltene Klageantrag auf Zahlung zur Hinterlegungsstelle behufs Theilung unter die Berechtigten an sich gerechtfertigt.

Die Revision rügt Verletzung des § 75 A.L.R. I. 5. Diese Rüge ist begründet.

Den Vorderrichtern ist darin beizutreten, daß die in dem Erbschaftskaufvertrage vom 6. Dezember 1868 zu Gunsten der Kinder des Andreas Sch. getroffene Bestimmung einen Vertrag zum Vortheile eines Dritten im Sinne des § 74 A.L.R. I. 5 enthält. Aus einem solchen Vertrage erlangt der Dritte, welcher an der Schließung weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen hat, nach § 75 erst alsdann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten ist. Und dieser Beitritt des Dritten zu einem zwischen Anderen geschlossenen Vertrage, welcher nach den Gesetzen schriftlich verfaßt werden mußte, muß nach § 153 daselbst ebenfalls schriftlich erklärt werden. Indessen das Berufungsgericht nimmt an, daß die begünstigten Enkel aus dem vorliegenden Erbschaftskaufvertrage auch ohne besonderen Beitritt berechtigt wurden, weil sie als Dritte im Sinne der §§ 74—77 nicht anzusehen seien. Und dieser Satz wird ausschließlich darauf begründet, daß die begünstigten Enkel an der Schließung des Erbschaftskaufvertrages *mittelbar* theilgenommen haben. Diese letztere Annahme beruht nicht auf einer thatsächlichen Feststellung. Es ist insbesondere nicht etwa die bereits erwähnte Behauptung der Kläger gewürdigt worden, daß der Vater der sieben Geschwister Sch. bei der Aufnahme des Erbschaftskaufvertrages anwesend gewesen sei und als Vertreter der minderjährigen sieben Geschwister Namens derselben unter Zustimmung der Kontrahenten mündlich seinen Beitritt erklärt habe, sondern es wird eine Stellvertretung

durch die Erbschaftsverkäuferin, die Großmutter der Kinder, unterstellt, wie solche in dem Plenarbeschlusse vom 25. August 1846 von dem Obertribunal bei Gutsüberlassungsverträgen grundsätzlich nicht bloß in Betreff des Vaters, sondern auch in Betreff der Mutter und der Großmutter angenommen ist.

Diese Annahme einer Stellvertretung der Kinder des Andreas Sch. durch die Erbschaftsverkäuferin, ihre Großmutter, ist schon von vornherein unvereinbar mit der eignen Behauptung der Kläger, daß der Vater der sieben Geschwister Sch. bei der Vertragschließung anwesend gewesen sei und als Vertreter seiner Kinder den Beitritt erklärt habe. Die Nichtberücksichtigung dieser letzteren Thatsache ohne Angabe eines Grundes enthält eine Verletzung des Gesetzes (§ 259 C.P.O.).

Jene lediglich rechtliche Annahme einer Stellvertretung der Andreas Sch.'schen Kinder durch die Erbschaftsverkäuferin, ihre Großmutter, ist aber auch an sich nicht zu billigen.

Zunächst unterliegt schon die uneingeschränkte Ausdehnung des in dem Plenarbeschlusse vom 25. August 1846 ausgesprochenen Rechtsgrundsatzes auf andere Vermögens-Uebertragungen rechtlichen Bedenken. Eine Begründung der Zulässigkeit einer solchen Ausdehnung enthält das Urtheil nicht. Es wird lediglich auf drei Entscheidungen des Obertribunals — „Striethorst Bd. 96 S. 37, Bd. 52 S. 259, Entscheidungen Bd. 17 S. 202" — Bezug genommen. Von diesen Urtheilen bezieht sich das eine (Entscheidungen Bd. 17 S. 202) auf das Legat einer fremden Sache, hat also mit der vorliegenden Frage nichts zu thun; das zweite (Striethorst Bd. 96 S. 37) ist gleichfalls ein offenbar unrichtiges Allegat, und das dritte (Striethorst Bd. 52 S. 259) spricht im direkten Gegensatze zu der Annahme des Oberlandesgerichts aus, daß der § 75 A.L.R. I. 5 auch bei Uebertragungsverträgen gelte und daß nur der Vitalizienvertrag hiervon eine Ausnahme bilde. Von den beiden in dem Berufungsurtheil ferner angeführten Erkenntnissen des Obertribunals vom 28. Juni 1858 (Striethorst Bd. 30 S. 150) und vom 6. März 1873 (Striethorst Bd. 90 S. 92) ist das letztere wiederum ein unrichtiges Allegat; denn in jenem Falle hat das Obertribunal einer unrichtigen Anwendung des Plenarbeschlusses vom 25. August 1846 gegenüber ausgesprochen, derselbe setze zu seiner Anwendbarkeit voraus, daß der Vater in einem Gutsüberlassungsvertrage einem dabei nicht zugezogenen Kinde eine „Abfindung" ausgesetzt, d. h. demselben Vortheile, die ihm der Guts-

übernehmer gewähren soll, ausgesetzt hat. Das Urtheil vom 28. Juni 1858 aber betrifft einen Gutsüberlassungsvertrag.

In der That ist der in dem Plenarbeschlusse vom 25. August 1846 angenommene Rechtsgrundsatz als eine Ausnahme anzusehen. Dem in den Gründen ausgesprochenen Rechtsgedanken,

daß der Vater seine sämmtlichen Kinder, nicht bloß seine Kinder in potestate, was ganz unbestritten sei, sondern alle Kinder vertrete und daß solches auch die Mutter und der Großvater thue,"

ist von dem Obertribunal selbst keine allgemeine Gültigkeit und Anwendbarkeit beigelegt worden. In dem Urtheil vom 12. März 1874 (Entscheidungen Bd. 72 S. 12) ist vielmehr darauf hingewiesen, daß jene Ausführung des Plenarbeschlusses vorzugsweise aus dem Gesichtspunkte der deutsch-rechtsgewohnheitlichen bäuerlichen Gutsüberlassungen argumentire und das konstruirte Vertragsrecht mit dieser Vertragsform in Verbindung bringe, und es wird betont, daß ein so ausgedehntes Vertretungsrecht auf andere Verträge der Eltern zu Gunsten der Kinder sich nicht zur Anwendung bringen und aus § 87 A.L.R. I. 5 sich nicht herleiten lasse. In gleicher Weise wird in dem Urtheile vom 5. November 1875 (Entscheidungen Bd. 75 S. 325) auf die Ausnahmestellung, welche die Abfindungsverträge unter den gewöhnlichen Verträgen zum Vortheile eines Dritten einnehmen, hingewiesen und ausgeführt, daß bei diesen Verträgen die Regel eines ausdrücklichen unter Bewilligung der Hauptparteien erklärten Beitritts des Dritten zum Vertrage unanwendbar sei.

Auch das Reichsgericht hat es als eine Ausnahme von der Regel des § 75 I. 5 bezeichnet, daß bei Gutsüberlassungsverträgen die nicht zugezogenen Kinder, welchen darin Abfindungen ausgesetzt sind, auch ohne Beitritt zum Vertrage ein Recht gegen den Gutsübernehmer erlangen.

Urtheil des I. Hilfssenats vom 18. Juni 1880 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. II S. 278);

Urtheil des IV. Civilsenats vom 18. Januar 1885 in Sachen B. wider W. und Genossen — IV. 273/84 —.

Hieran ist festzuhalten.

Vgl. Dernburg, II § 20; Förster-Eccius, 5. Auflage Bd. I § 74 (S. 435 ff.); Koch, Landrecht, 8. Auflage, zu § 75.

Danach beruht die angefochtene Entscheidung auf Verletzung des Gesetzes und ist aufzuheben.

In der Sache selbst fragt es sich, ob die Behauptung der Kläger

rechtlich erheblich ist, daß der Vater der sieben Geschwister Sch. bei der Schließung des Erbschaftskaufvertrages anwesend gewesen sei und als Vertreter seiner Kinder unter Zustimmung der Kontrahenten seinen Beitritt mündlich erklärt habe. Dies ist zu verneinen. Der formlose Beitritt ist gegenüber der zwingenden Vorschrift des § 153 in Verbindung mit § 75 I. 5 nicht zu beachten, da hiernach der Beitritt des Dritten zu einem zwischen anderen Kontrahenten geschlossenen Vertrage, welcher nach den Gesetzen schriftlich verfaßt werden mußte, unter schriftlicher Bewilligung derjenigen Hauptpartei, welche sich den Vortheil des Dritten hat versprechen lassen, schriftlich erklärt werden muß.

Nr. 33.

Verträge zu Gunsten eines Dritten. Sind die Kontrahenten durch den dem Dritten gestellten Antrag zum Beitritt an der Abänderung des Vertrages unbedingt, oder nur bis zum Ablauf der Erklärungsfrist (A.L.R. I. 5. §§ 90 ff.) gehindert?

I. 5. §§ 76, 77.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 27. Mai 1889 in Sachen L. u. Gen., Beklagte, wider T. u. Gen., Kläger. IV. 162/89.)

Auf die Revision des Beklagten ist das Urtheil des preuß. Kammergerichts aufgehoben und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage beruht auf dem von der Wittwe L., der Mutter des Erblassers der Beklagten, mit ihrem Sohne, dem Erblasser der Beklagten, über das Grundstück Nr. 76 der Sandower Vorstadt von Cottbus am 18. November 1875 abgeschlossenen Kaufvertrage, laut dessen die Verkäuferin von dem auf 25 800 M. festgesetzten Kaufpreise den Betrag von 3000 M. ihrer Tochter, der inzwischen verstorbenen Ehefrau des Klägers Heinrich T., auf deren künftigen Erbtheil überwiesen hat. Die 3000 M. sind demnächst im Grundbuche für die Ehefrau des Klägers Heinrich T. eingetragen, aber nach deren Tode auf Grund einer von Heinrich T. für sich und seine Kinder am 19. Juni 1884 erklärten Löschungsbewilligung gelöscht worden. Die Kläger verlangen im gegenwärtigen Rechtsstreite von den Erben des Käufers nach deren Wahl Wiedereintragung der 3000 M. oder Zahlung derselben, indem sie behaupten, daß eine Beitrittserklärung der Ehefrau T. zu dem Vertrage vom 18. November 1875 in der Annahme der über die Eintragung der 3000 M. in

das Grundbuch ausgefertigten Urkunde seitens der Ehefrau und in der von derselben am 25. Mai 1881 abgegebenen Erklärung, laut deren sie einer nacheingetragenen Post von 6000 M. das Vorzugsrecht vor den für sie eingetragenen 3000 M. eingeräumt habe, gefunden werden müsse, und daß die Löschungsbewilligung vom Kläger T. in Folge der Versicherung des Erblassers der Beklagten, er wolle das Geld später zahlen, er beabsichtige das Grundstück zu verkaufen und der Verkauf lasse sich besser bewirken, wenn die Post gelöscht werde, erklärt worden sei, daß aber weder der Abschluß eines Kaufvertrages, noch die Zahlung der 3000 M. stattgefunden habe.

Das Berufungsgericht hat die Beklagten nach dem Klagantrage verurtheilt. Es hat die Frage, ob in den beiden Vorgängen, in welchen die Kläger eine Beitrittserklärung zu dem Vertrage vom 18. November 1875 gefunden wissen wollen, eine solche enthalten sei, unentschieden gelassen. Es hat angenommen, einer Untersuchung dieser Frage bedürfe es nicht. Denn da unter den Streittheilen feststehe, daß die Ehefrau des Klägers T. die Hypothekenurkunde über die 3000 M. ausgehändigt erhalten habe, so müsse angenommen werden, daß diese Aushändigung von Seiten der Verkäuferin oder doch mit deren Willen erfolgt sei. Dann aber liege in der Aushändigung eine Aufforderung zum Beitritte. Mit dieser Aufforderung aber habe die Verkäuferin das Recht verloren, die zu Gunsten der Ehefrau des Klägers T. getroffene Vertragsbestimmung aufzuheben oder zum Nachtheile der Ehefrau des Klägers oder der Erben derselben abzuändern, bevor eine Ablehnung des Beitrittes durch die Ehefrau des Klägers oder deren Erben erfolgt sei. Mit diesen Ausführungen ist das Berufungsgericht dahin gelangt, die der Klage entgegengesetzte Einrede, daß die zu Gunsten der Ehefrau des Klägers getroffene Vertragsbestimmung, ohne daß die Ehefrau des Klägers aus derselben Rechte erworben habe, durch anderweite vertragsmäßige Festsetzungen wieder aufgehoben worden sei, für unbegründet zu erklären. Die Verhandlungen aber, welche zur Erklärung der Löschungseinwilligung seitens des Klägers T. geführt haben, erachtet das Berufungsgericht für einflußlos auf das den Klägern aus dem Vertrage vom 18. November 1885 erwachsene Forderungsrecht, weil vom Kläger T. in schriftlicher Urkunde nur das Hypothekenrecht aufgegeben, ein schriftlicher Vertrag, der dem Anspruche auf Zahlung der 3000 M. entgegenstehe, nicht geschlossen sei und den Klägern der Rücktritt von dem mündlichen Vertrage, gleichviel ob derselbe

den von den Klägern oder den von den Beklagten behaupteten Inhalt gehabt habe, freistehe, damit aber auch der Anspruch auf Wiedereintragung der Hypothek, neben welcher den Beklagten die alsbaldige Zahlung der 3000 M. freigelassen sei, begründet erscheine.

Die Beklagten haben diese Entscheidungsgründe zuerst mit der Behauptung angegriffen, der Antrag zum Beitritte an den Dritten, der aus dem Vertrage Rechte erwerben solle, könne wirksam nur erfolgen, wenn er dem Dritten von beiden Vertragschließenden gemacht werde. Es genüge also nicht der nach der Annahme des Berufungsrichters von der Verkäuferin an die Ehefrau T. gemachte Antrag zum Beitritte. Dieser Angriff ist jedoch ohne Halt. Um dem Dritten die rechtliche Möglichkeit eines wirksamen Beitrittes zum Vertrage zu geben, reicht nach der bisherigen Rechtsprechung, von der abzugehen keine Veranlassung vorliegt, ein von demjenigen Vertragschließenden, der sich den Vortheil des Dritten im Vertrage hat versprechen lassen, dem Dritten gemachter Antrag zum Beitritte hin. Zu vergl. Entscheidungen des Reichsgerichtes Bd. 21 S. 221 ff. und die dort angegebenen Urtheile. Im vorliegenden Falle aber ist der Antrag nach der Annahme des Berufungsrichters von der Verkäuferin, welcher gegenüber der Erblasser der Beklagten sich zur Zahlung der 3000 M. an die Ehefrau T. verpflichtet hat, der letzteren gemacht worden.

Dagegen muß dem Angriffe Folge gegeben werden, mit welchem die Ausführung des Berufungsgerichtes als unrichtig bezeichnet wird, daß der Antrag zum Beitritte einer Abänderung der zu Gunsten des Dritten getroffenen Vertragsbestimmung durch die Vertragschließenden so lange entgegenstehe, als der Dritte über Annahme oder Ablehnung des Antrages sich noch nicht erklärt habe. Denn der Beitritt des Dritten ist an die Annahmefristen der §§ 90 ff. A.L.R. I. 5 in der Art gebunden, daß eine Aenderung des Vertrages durch die Vertragschließenden zwar nicht vor dem Ablaufe der Erklärungsfrist zulässig ist, daß aber, wenn die Erklärungsfrist verstrichen ist, eine Aenderung des Vertrages zum Nachtheile des Dritten durch die Vertragschließenden erfolgen kann, der Dritte also damit die Möglichkeit rechtswirksamen Beitrittes zum Vertrage nach Inhalt des ihm gemachten Antrages verliert. Das Berufungsgericht würde hiernach zu prüfen gehabt haben, nicht bloß, ob der Ehefrau T. ein rechtswirksamer Antrag zum Beitritte gemacht ist, sondern auch, ob sie dem Vertrage wirksam beigetreten ist, ob also in den Vorgängen,

in denen die Klägerin eine Beitrittserklärung der Ehefrau T. gefunden wissen will, eine solche zu erblicken ist, und ob solchergestalt die Ehefrau T. ein ihr und ihren Erben durch spätere Abreden der Vertragschließenden unentziehbares Recht aus dem zu ihren Gunsten geschlossenen Vertrage bereits erworben hatte, als der Vertrag in der von den Beklagten behaupteten Art abgeändert wurde. Wäre in den fraglichen Vorgängen eine Beitrittserklärung nicht zu erblicken, läge also auf Seite der gegenwärtigen Kläger ein von einer rechtswirksamen Beitrittserklärung abhängiger Rechtserwerb aus dem Vertrage vom 18. November 1875 nicht vor, so würde der Mangel der Schriftform der Abmachungen, die zur Aufgabe des Hypothekenrechtes seitens des Klägers T. geführt haben, nicht von Bedeutung sein. Abreden, welche das Recht, das der Dritte aus dem Vertrage erwerben soll, ändern, können, wenn bis dahin eine rechtswirksame Beitrittserklärung des Dritten noch nicht erfolgt ist, auch mündlich zwischen den Vertragschließenden und dem Dritten getroffen werden.

Nr. 34.

Haftung des Fiskus bei Unglücksfällen, welche durch Verstoß gegen die Vorschriften des § 367 Nr. 12 Str.G.B. bei fiskalischen Anlagen entstehen.

A.L.R. I. 6 § 26.

(Urtheil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 2. Mai 1889 in Sachen des preuß. Fiskus, Beklagten, wider die Wittwe K., Klägerin, VI. 55/89.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Posen ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Die Klage, gerichtet auf Zahlung von Begräbnißkosten, Trauerkosten und lebenslänglichen Unterhaltsgeldern wegen des angeblich vom Beklagten verschuldeten Todes des Ehemannes der Klägerin, war durch Urtheil der zweiten Civilkammer des preuß. Landgerichts zu Bromberg vom 12. Juni 1888, unter Verurtheilung der Klägerin in die Prozeßkosten, abgewiesen worden; auf Berufung der Klägerin hat aber das preuß. Oberlandesgericht zu Posen mittelst Zwischenurtheils vom 11. Januar 1889 den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Hiergegen hat jetzt der Beklagte Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Beklagte dadurch, daß er in unmittelbarer Nähe der hier fraglichen Schleusen-

kammer des Bromberger Kanals, in welcher der verstorbene Ehemann der Klägerin verunglückt ist, dauernd eine Eisenstange zwischen zwei Pfosten in dem Geländer habe fehlen lassen, durch welches die dort befindliche Promenade von dem Kanal, beziehungsweise von der Schleusenkammer, geschieden sein sollte, gegen die in § 367 Nr. 12 St.G.B. erhaltene Vorschrift, mithin gegen ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz im Sinne des § 26 A.L.R. I. 6 verstoßen habe; es nimmt ferner an, daß der Tod des K. durch jene mangelhafte Beschaffenheit des Geländers herbeigeführt sein könne, indem es den Gegenbeweis hiergegen nicht erbracht findet, und folgert daraus in Anwendung des angeführten § 26 die Haftbarkeit des verklagten Fiskus. Daß im Allgemeinen die hierbei zu Grunde gelegten Rechtsansichten der in der Rechtsprechung feststehenden Bedeutung der erwähnten Gesetzesbestimmungen entsprechen, konnte einem Zweifel nicht unterliegen. Daß die südliche Seitenwand jener Schleusenkammer ein Abhang im Sinne des § 367 Nr. 12 St.G.B. sei und sich an einem Orte befinde, an welchem Menschen verkehren, ist nach Maßgabe der feststehenden thatsächlichen Verhältnisse mit Recht angenommen worden. Wenn die Verantwortlichkeit des Beklagten für die richtige Verwahrung dieses Abhanges ohne Weiteres aus seinem Eigenthumsrechte gefolgert worden ist, so war auch hieran kein Anstoß zu nehmen; denn obgleich diese Verantwortlichkeit nicht gerade nothwendig den Eigenthümer als solchen trifft, sondern vielmehr denjenigen, welcher das Grundstück unter sich hat, den Inhaber in diesem Sinne (vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 6 S. 64 f. und Bd. 15 S. 58 f.), so ist doch regelmäßig der Eigenthümer zugleich auch dieser Inhaber, und insbesondere war im vorliegenden Falle kein Anhalt für die Vermuthung gegeben, daß irgend eine andere Person als solcher Inhaber in Betracht kommen möchte. Die Frage aber, ob das Dulden jener Lücke im Geländer sich als ein Mangel in der Verwahrung des fraglichen Abhanges darstelle, gehörte zur konkreten Beurtheilung des Falles: insoweit hat daher der Beklagte die vorige Entscheidung mit Unrecht zum Gegenstande der Nachprüfung in der Revisionsinstanz machen wollen.

Nr. 35.

1. Ist die Geschäftsführung für eine noch nicht existirende juristische Person rechtlich denkbar?

2. Inädifikation. A.L.R. I. 9. § 332. Erwirbt der mit Wissen des Eigenthümers auf fremdem Grund und Boden Bauende an der bebauten Fläche Eigenthum oder nur einen obligatorischen Anspruch auf Uebertragung des Eigenthums an derselben? Erstreckt sich der Eigenthumserwerb nur auf die bebaute Fläche oder auch auf den zur wirthschaftlichen Benutzung des Gebäudes erforderlichen Grund und Boden?

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 3. November 1888 in Sachen H., Klägers, wider St., Beklagte. V. 193/88.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Marienwerder ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Bei der durch Urtheil des Reichsgerichts vom 13. November 1886 angeordneten anderweiten Verhandlung in der Berufungsinstanz hat der Kläger den Antrag gestellt: die Beklagte zu verurtheilen, anzuerkennen, daß für die Grundschuld des Klägers von 18000 M. nebst 6 pCt. Zinsen seit 1. Juli 1877 die im Besitze der Beklagten befindlichen Flächenabschnitte Nr. 100 bis 104 mitverhaftet sind. Die Mithaft ist darauf gegründet, daß diese Abschnitte, welche früher Bestandtheile des Pfandgrundstücks Langbusch Bl. 1 gewesen sind, bei Eintragung der Grundschuld nach Inhalt des Grundbuchs und des Grundschuldbriefs von dem Pfandgrundstücke nicht abgeschrieben waren. In dem bezeichneten Urtheile des Reichsgerichts ist ausgesprochen, nach Lage der Sache sei die Mithaft der fraglichen Abschnitte für die Grundschuld des Klägers nur dann ausgeschlossen, wenn der letztere beim Erwerbe der Grundschuld gewußt habe, daß dem Verpfänder Rudolf M. die Abschnitte nicht mit dem Hauptgut in der Subhastation zugeschlagen seien und derselbe sie deshalb auch nicht habe verpfänden können oder wollen. Der von der Beklagten nur andeutungsweise behauptete Eigenthumserwerb durch Inädifikation ist der weiteren Verhandlung vorbehalten. Das Berufungsgericht, welches seiner Beurtheilung diese rechtliche Auffassung zu Grunde legt, hat aus dem Inhalt der Verhandlungen und dem Ergebnisse der Beweisaufnahme festgestellt, daß Kläger bei dem Erwerbe der Grundschuld jene Kenntniß nicht gehabt habe, und demgemäß entschieden, daß dem Anspruche des Klägers dessen Schlechtgläubigkeit insoweit nicht entgegenstehe. Dagegen hat das Berufungsgericht die Ueberzeugung gewonnen, der

Kläger habe beim Erwerb der Grundschuld Kenntniß davon gehabt, daß die beklagte Schulgemeinde vor Bestellung der Grundschuld mit Genehmigung des damaligen Eigenthümers des Pfandgrundstücks Langbusch Nr. 1 auf den dazu gehörenden Streitstücken Nr. 100—104 ein Schul- und Stallgebäude habe errichten lassen, und daß daher der Besteller der Grundschuld diejenigen Theile der Streitstücke, welche, weil sie für den Gebrauch der Schulgebäude unentbehrlich seien, durch Inädifikation in das Eigenthum der beklagten Schule übergegangen gewesen, nicht habe mitverpfänden können; und demgemäß entschieden, daß die Flächenabschnitte Nr. 100—103 und der Flächenabschnitt Nr. 104, mit Ausschluß eines näher bezeichneten, weder von der Beklagten bebauten, noch für den Gebrauch der Schulgebäude unentbehrlichen Theiles zur Größe von 1½ Morgen, für die Grundschuld des Klägers nicht mithaften. Die Klage ist insoweit abgewiesen und dem Klageantrage nur bezüglich der erwähnten 1½ Morgen des Flächenabschnitts Nr. 104 entsprochen. Der Kläger hat Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Da nur der Kläger Revision eingelegt hat, die Beklagte also in Revisionsinstanz auf keinen Fall mehr erlangen kann, als ihr vom Berufungsgerichte durch Abweisung der Klage zugesprochen ist, so bedarf es einer Prüfung des Vorderurtheils in erster Linie nur bezüglich der Zulassung des Einwandes, welcher die Inädifikation betrifft. Eine weitere Erörterung erscheint aber überhaupt nicht geboten, weil die Vorentscheidung, soweit sie diesen Einwand zum Gegenstande hat, aufrecht zu erhalten ist.

Das Berufungsgericht stellt zunächst aus dem vorgelegten Grundschuldbriefe fest, daß die Grundschuld auf dem Gute Langbusch Nr. 1 ohne spezielle Aufführung der einzelnen Theile desselben eingetragen ist, und daß damals die streitigen Flächenabschnitte nicht abgeschrieben waren. Es folgert daraus, daß dem Gläubiger der Grundschuld das ganze Gut mit Einschluß dieser Abschnitte verhaftet wurde. Es nimmt ferner an, daß der Kläger die Mithaft dieser Abschnitte dann nicht geltend machen könne, wenn 1. dieselben zur Zeit der Bestellung der Grundschuld nicht mehr Eigenthum des Verpfänders Rudolf M., des damaligen Eigenthümers des Gutes Langbusch Nr. 1, sondern bereits in Folge von Inädifikation in das Eigenthum der Beklagten übergegangen gewesen seien; 2. der Kläger beim zessionsweisen Erwerb der Grundschuld hiervon Kenntniß gehabt habe. Indem das Berufungs-

gericht diese Sätze als maßgebend für die Beurtheilung hinstellt, befindet es sich in Uebereinstimmung mit dem Urtheile des Reichsgerichts vom 13. November 1886. — —

Das Berufungsgericht nimmt an, der Gutsbesitzer M. habe in Ausführung des ihm ertheilten Auftrages die fraglichen Gebäude für die Schule zu Sklana errichtet; Erbauerin der Gebäude im Sinne der §§ 327 ff. A.L.R. I. 9 sei die Schulgemeinde Sklana gewesen, da M. als Beauftragter derselben den Bau ausgeführt habe. Daß zur Zeit der Ertheilung des Auftrages die Schulgemeinde Sklana noch nicht endgültig konstituirt gewesen sei, stehe dem nicht entgegen, da die Schulgemeinde nach ihrer Konstituirung die Auftragsertheilung zur Bauausführung genehmigt habe. Hiernach liegen die Voraussetzungen des § 332 A.L.R. I. 9 vor, da M., welcher zur Zeit der Bauausführung Eigenthümer der bebauten Flächen war, nicht nur um den Bau gewußt, sondern sich mit demselben sogar ausdrücklich einverstanden erklärt habe. Dem Eigenthumserwerb der Beklagten durch Inädifikation stehe nicht entgegen, daß M. der Schule Sklana die streitigen Flächenabschnitte vor der Ausführung des Baues geschenkt habe, weil dieses Schenkungsversprechen wegen Formmangels nichtig, auch kein Anhalt dafür gegeben sei, daß M. das Schenkungsversprechen schon vor der Bauausführung durch Uebergabe erfüllt habe. Den Umfang des von der Beklagten durch den Bau erworbenen Terrains bestimmt das Berufungsgericht nach dem Gutachten des Sachverständigen R., indem es sich der Ansicht zuneigt, daß nicht bloß die bebaute, sondern die für den Gebrauch des errichteten Gebäudes unentbehrliche Fläche Gegenstand des Eigenthumserwerbes sei.

In dieser Ausführung kann die Konstruktion, daß gewisse Personen die Geschäfte der damals als juristische Person noch nicht existenten Schule zu Sklana geführt, und in dieser Geschäftsführung den Gutsbesitzer M. mit dem Bau der Schule beauftragt haben, nicht befremden; auch die Judikatur des Reichsgerichts hat sich für die Zulässigkeit der Geschäftsführung für eine noch nicht existirende juristische Person entschieden (vergl. Urtheil des V. Civilsenats vom 30. Oktober 1886, Jur. Wochschr. 1886 S. 421 Nr. 22). Der Umstand, daß M. Eigenthümer der bebauten Fläche war, bildet kein Hinderniß für den Eigenthumserwerb auf Seiten der Schule zu Sklana, da M. nicht in dieser Eigenschaft die Bebauung vorgenommen hat, sondern als Beauftragter, also als Vertreter solcher Personen, denen gegenüber der bebaute Grund und Boden ein fremder war. — —

In neuester Zeit ist wieder streitig geworden, ob durch die Bebauung unmittelbar ein Eigenthumserwerb der bebauten Fläche für den Bauenden bewirkt wird, oder ob dadurch dem letztern lediglich ein obligatorischer Anspruch auf Abtretung des Eigenthums der bebauten Fläche gegen Entschädigung des Eigenthümers erwächst, so daß es zu dem Eigenthumserwerbe noch eines besonderen Ueberlassungsaktes bedarf. An einem solchen Ueberlassungsakte würde es hier fehlen.

Es ist nicht zu verkennen, daß der Wortlaut des § 332 A.L.R. I. 9 auch der Bejahung der zweiten Alternative nicht entgegensteht und daß nicht unerhebliche Gründe auch hierfür vorgebracht werden können (vergl. Koffka in Gruchot Beiträge Bd. 27 S. 87 ff., 382 ff.). Als die herrschende Ansicht wird aber selbst von den Gegnern derselben (vergl. Koffka a. a. O. S. 393), diejenige bezeichnet, nach welcher sich der Eigenthumserwerb durch die Bebauung unmittelbar und allein vollzieht (vergl. Dernburg, Lehrbuch Bd. 1 § 236 Nr. 1 Anm. 13; Förster-Eccius, Theorie und Praxis 5. Aufl. Bd. 3 § 176 Anm. 39; Koch's Kommentar 8. Aufl. Bd. 1 S. 539 ff. Anm. 76; Heydemann, Einleitung Bd. 2 S. 65; Rehbein, Entsch. Bd. 1 S. 867 Anm.; Achilles, Grundeigenthum und Hypothekenrecht 3. Aufl. S. 91 Anm. 7; Dernburg und Hinrichs, Preuß. Hypothekenrecht Bd. 1 S. 204 Anm. 8). Diese Ansicht hat das vormalige preuß. Ober-Tribunal seinen Entscheidungen stets zu Grunde gelegt (vergl. Entsch. Bd. 30 S. 35, Bd. 38 S. 61, Bd. 80 S. 51), obwohl sich in seinen Urtheilen auch Aeußerungen finden, nach welchen der Eigenthümer des bebauten Bodens zur käuflichen Ueberlassung des letzteren an den Bauenden verpflichtet, und der Bauende, wenn er will, zur Erwerbung berechtigt wird (vergl. Entsch. Bd. 21 S. 90 ff.; Striethorst, Archiv Bd. 99 S. 111). Bei den Hülfssenaten des Reichsgerichts scheint keine Uebereinstimmung gewesen zu sein. In dem Urtheil des III. Hülfssenats vom 7. Februar 1880 (Entsch. Bd. 1 S. 178) wird an zwei Stellen (S. 182) gesagt, daß im § 332 a. a. O. dem Bauenden das Recht eingeräumt werde, das Gebäude zu behalten und dazu den Grund und Boden vom Grundeigenthümer käuflich zu erwerben, wogegen in dem Urtheil des II. Hülfssenats vom 12. Februar 1880 (Preuß. Justiz-Ministerial-Blatt S. 107) die entgegengesetzte Ansicht wenigstens durchschimmert. Dagegen hat der V. Civilsenat des Reichsgerichts die Stellung, welche er zu der Frage einmal genommen, festgehalten. In dem Urtheile vom 22. September 1883 (Juristische Wochenschrift 1883 S. 275 Nr. 40) ist, in Anlehnung an die in der

Praxis von jeher befolgten Grundsätze, ausgesprochen, daß der § 332 eine unmittelbare Erwerbsart begründe und daß es deshalb zum Erwerbe des Eigenthums der bebauten Fläche seitens des Bauenden nicht der Ueberlassung und Auflassung bedürfe. In dem Urtheile vom 24. November 1883 (Entsch. Bd. 10 S. 245) wird zwar die Frage nicht ausdrücklich entschieden, aber namentlich die folgende Stelle läßt keinen Zweifel über die Ansicht des Gerichts: „Die Inädifikation steht aber nach der Auffassung des Allgem. Landrechts unter dem rechtlichen Gesichtspunkte einer unmittelbaren Erwerbsart, sodaß die dabei erforderliche Zustimmung des Eigenthümers sich nicht als eine die Willenseinigung mit dem Bauenden herstellende stillschweigende Erklärung darstellt, sondern als ein wissentliches Geschehenlassen der Handlung eines Anderen, verbunden mit der Absicht, sich den daran unmittelbar durch das Gesetz geknüpften Folgen zu unterwerfen." In dem Urtheile vom 23. April 1887 (Entsch. Bd. 18 S. 279) wird gesagt, im Falle des § 332 I. 9 handele es sich nicht um eine freiwillige Veräußerung, deshalb finde der § 1 des Eigenthums-Erwerbs-Gesetzes keine Anwendung, sondern der Bebauende werde auch ohne Auflassung und Eintragung Eigenthümer. Von einer durch drei Urtheile gefesteten Praxis wieder abzugehen, bedürfte es zwingender Gründe. Der Umstand allein, daß die Frage zweifelhaft ist und auch die Gegenansicht gute Gründe für sich hat, bietet keinen hinreichenden Anlaß dazu.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts über den Umfang der durch die Bebauung erworbenen Fläche ist wohl geeignet, Bedenken zu erwecken. Sie stützt sich auf das Urtheil des III. Hülfssenats des Reichsgerichts vom 7. Februar 1880 (Entsch. Bd. 1 S. 178), in welchem ausgesprochen ist, daß der Grundeigenthümer dem Bauenden nach § 332 A.L.R. I. 9 nicht nur den Baugrund des Gebäudes, sondern auch solche Grundflächen gegen Entschädigung überlassen muß, welche mit dem Gebäude zwar nur äußerlich zusammenhängen, aber für den Gebrauch desselben unentbehrlich sind. Das Berufungsgericht kommt auf Grund des Gutachtens des R. zu dem Ergebnisse, daß die Beklagte durch die Bebauung nicht nur den mit den Gebäuden besetzten Theil des Abschnitts Nr. 103, sondern die ganzen Abschnitte Nr. 100—103 und den Abschnitt Nr. 104 mit Ausschluß von $1^1/_2$ Morgen erworben habe. Diese Entscheidung hat weder eine konstante Judikatur noch die Uebereinstimmung der Rechtslehrer für sich. Nur Dernburg (Lehrbuch Bd. 1 § 236 Anm. 8) be-

zieht — unter Berufung auf die bezeichnete Entscheidung des Reichsgerichts, III. Hülfssenats — den Eigenthumserwerb nicht bloß auf den Baugrund, sondern auch auf die für den Gebrauch des Gebäudes unentbehrlichen Flächen. Förster-Eccius (5. Aufl. Bd. 3 § 176 Anm. 37) bemerkt, nachdem er die neuere Ansicht der Judikatur mitgetheilt hat: „Ueber das Maß der von dem Gebäude umschlossenen Höfe hinaus möchte der neueren Ansicht nicht beizutreten sein.“ Koch und Hinschius (Koch's Kommentar 8. Aufl. S. 542 Anm. 76) nehmen an, daß die Inädifikation nicht weiter als die Adjunktion reicht, d. i. nicht weiter, als so weit der Erdboden durch Gebäude bedeckt ist. Koffka (Gruchot Beitr. Bd. 27 S. 397) unterscheidet, ob man einen direkten Eigenthumserwerb durch Inädifikation annehme, oder ob man durch die Bebauung nur eine Verpflichtung zur Uebereignung entstehen lasse, und erachtet für eine nothwendige Folge der ersten Annahme, daß der Erwerb auf die wirklich bebaute Fläche zu beschränken sei, während er im anderen Falle vom „Standpunkt der natürlichen Billigkeit“ aus den § 332 cit. auch auf diejenigen Flächen mitbezieht, welche mit dem Gebäude zusammenhängen und für dessen Benutzung nothwendig sind. Das Ober-Tribunal hat geschwankt. Früher (Striethorst, Archiv Bd. 56 S. 267, Bd. 81 S. 19) hat dasselbe angenommen, daß aus § 332 a. a. O. der Erwerb nicht bebauter Flächen, auch wenn sie nothwendig für den Bau, nicht herzuleiten sei, daß vielmehr die Benutzung derartiger Flächen nur auf Grund der Bestimmungen über nothwendige Servituten gefordert werden könne. In einem späteren Urtheile (Striethorst, Archiv Bd. 99 S. 111) ist dem Bauenden auch der nicht bebaute Hofraum zugesprochen, weil derselbe nach der Feststellung des zweiten Richters den Umständen nach als Theil der Inädifikation, des Baues anzusehen, als Zubehör der Gebäude, welche ohne diesen, den Zugang bildenden Hof nicht benutzbar seien. Dem bereits mitgetheilten Urtheile des III. Hülfssenats des Reichsgerichts vom 7. Februar 1880 wird ein Urtheil des II. Hülfssenats vom 12. Februar 1880 (Preuß. Justiz-Ministerial-Blatt 1880 S. 107) gegenüber gestellt, in welchem der aus § 332 a. a. O. hergeleitete Rechtssatz als richtig bezeichnet, daß durch Inädifikation nur der wirklich bebaute Theil des Grundes und Bodens Eigenthum des Bauenden wird, und dann weiter gesagt ist, daß es sich daher in jedem einzelnen Falle nur noch um die Beantwortung der Frage handeln könne, als wie weit sich erstreckend der Bau angesehen werden muß.

Wäre die Anschauung, nach welcher der Erwerb durch Bauen auf fremdem Grunde eine besondere Art des Erwerbes durch Verbindung bildet, allein berechtigt, so würde sich ihr die Beschränkung des Erwerbs auf den wirklich bebauten Grund und Boden am besten einfügen. Es läßt sich aber nicht annehmen, das Gesetz habe diese Beschränkung auch für diejenigen Fälle gewollt, in welchen der Bauende in dem Bau und den damit besetzten Grund und Boden allein etwas Unbrauchbares erwerben würde, den Bau also erst durch das Erstreiten von nothwendigen Servituten brauchbar zu machen hätte. Nachdem zwei höchste Gerichtshöfe einmal entschieden haben, daß der Erwerb des Bauenden auch auf solche unbebaute Flächen sich erstreckt, deren Benutzung für den Bau unerläßlich nothwendig ist, müßte es als ein Rückschritt empfunden werden, sollte hiervon wieder ab- und auf die ältere Rechtsprechung zurückgegangen werden. Rücksichten auf den Eigenthümer des Grundes und Bodens drängen nicht zu einem anderen Resultate. Wer es ruhig ansieht, daß ein Fremder auf seinem Grunde Gebäude errichtet, muß sich sagen, daß die Ueberlassung der zu den Gebäuden verwendeten Flächen in einem Umfange zu erfolgen hat, welcher dem Bauenden den Gebrauch der Gebäude zu ihrem Zwecke ermöglicht. Das Reichsgericht trägt deshalb kein Bedenken, den vom III. Hülfssenat in dem Urtheil vom 7. Februar 1880 ausgesprochenen Satz aufrecht zu erhalten.

Die im einzelnen Falle zu beantwortende Frage, welche Grundfläche für den Gebrauch des Gebäudes erforderlich ist, gehört dem Gebiete der thatsächlichen Feststellung an und ist damit der Anfechtung mittels der Revision entzogen. (Die weiteren Ausführungen haben kein rechtliches Interesse.)

Nr. 36.

Sind die Vorschriften des A.L.R. I. 11 §§ 843 ff. über das Verbot der Nachforderung nicht eingeklagter Verzugszinsen durch § 16 d. Einf.G. z. C.P.O. außer Kraft gesetzt?

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 23. November 1888 in Sachen T., Beklagten, wider K., Kläger. IV. 205/88.)

Die Revision der Beklagten wider das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Posen ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte hat zunächst, gestützt auf die §§ 843 ff. A.L.R. I. 11, geltend gemacht, daß die jetzt geforderten Verzugszinsen, da sie

mit dem Kapital nicht eingeklagt sind, gegenwärtig nicht nachgefordert werden können.

Allerdings lautet der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 12. September 1845 (Entsch. Bd. 11 S. 1) dahin:

Verzugszinsen, welche bei der Einklagung des Hauptstuhls der Forderung nicht zugleich mit eingeklagt sind und worüber der Richter auch .... nicht von Amtswegen erkannt hat, können in einem späteren Prozeß nicht mehr gefordert werden.

Das Gegentheil hat das R.Oberhandelsgericht in dem Erkenntniß, auf welches beide Vorderrichter ihre Entscheidung gründen (Entsch. des R.O.H.G. Bd. 21 S. 320), angenommen. Es ist indessen für den vorliegenden Fall entbehrlich eine Entscheidung der Frage, wie die betreffenden Bestimmungen des Landrechts, welche Dernburg (Preuß. Privatrecht Theil I. § 38 Note 13) als wenig durchsichtig, Koch (Kommentar zu § 844 A.L.R. I. 11 Note 65) als verworren bezeichnet, aufzufassen sind? sowie eine Erörterung der Frage, ob die Berufung des Beklagten auf das auf Grundlage des gemeinen Rechts erlassene Urtheil des Reichsgerichts vom 11. Mai 1880 (Entsch. Bd. 1 S. 349) zutreffend ist?

Denn die Anwendung des in dem Plenarbeschluß ausgesprochenen Rechtssatzes ist schon durch § 14 des Einführungsgesetzes zur C.P.O. ausgeschlossen. Dieser lautet:

„Außer Kraft treten:

1. die Vorschriften der Landesgesetze, nach welchen eine Nebenforderung als anerkannt gilt, wenn über dieselbe nicht entschieden ist."

Der Plenarbeschluß beruht nämlich (S. 14) wesentlich auf der Erwägung, daß, weil nach § 58 A.G.O. I. 23 dem Richter ausdrücklich die Pflicht auferlegt ist, in dem Falle, daß nach den Gesetzen ein Grund zur Zinsenforderung obwaltet, von Amtswegen darauf zu erkennen, die Forderung von Verzugszinsen selbst in Ermangelung eines ausdrücklichen Antrags des Klägers als Mitgegenstand des Prozesses angesehen werden müsse und weil, wenn dessen ungeachtet der Richter nicht auf Zinsen erkennt, die Sache ebenso zu stehen kommt, als wenn eine wirklich angebrachte Forderung abgewiesen wäre.

Der Plenarbeschluß beruht hiernach auf einer Ausdehnung der für geforderte Zinsen gegebenen Bestimmung des § 848 A.L.R. I. 11 auf nicht geforderte, aber von Amtswegen zuzusprechende Verzugszinsen, welche der Richter im Urtel übergangen hat.

Da nun im vorliegenden Falle die Klage, durch welche das Kapital, um dessen Verzugszinsen es sich gegenwärtig handelt, eingeklagt ist, erst im Jahre 1881 erhoben und das Endurtheil auf diese Klage erst im Jahre 1884 ergangen ist, so liegen alle Voraussetzungen des zitirten § 14 vor und der Berufungsrichter hat die Einrede des Beklagten mit Recht verworfen.

Uebrigens sei noch darauf hingewiesen, daß der Fall, daß der Richter auf nicht geforderte Verzugszinsen von Amtswegen erkennen darf, für einen nach der C.P.O. zu verhandelnden Rechtsstreit vermöge § 279 derselben gar nicht mehr vorkommen kann.

(Die weiteren Gründe interessiren nicht.)

Literatur.

62.

Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik. Von Paul Jörs, Prof. in Kiel. Erster Teil. Bis auf die Catonen. XI und 313 Seiten. Berlin, 1888. Verlag von Franz Vahlen. (M. 7,—.)

Das römische Weltreich haben nicht einzelne Eroberer, sondern die nachhaltige geistige Kraft eines Volkes geschaffen. Nach keiner Seite des Kulturlebens hin hat sich diese Kraft energischer bewährt, als im Recht. Aus einem engen nationalen Recht ist das römische Recht ein Weltrecht geworden, welches geeignet war, das politische Gebilde, in dem es erstand, zu überleben und seine staatsbildende Kraft von Neuem nach Jahrhunderten in einer Renaissance, der sogenannten Rezeption des römischen Rechts zu bewähren.

Nicht die gleiche Aufmerksamkeit, wie der letztere Vorgang, hat in der Literatur und Wissenschaft die Ausbildung der römischen Rechtswissenschaft zu ihrer klassischen Blüthe, das Entstehen ihrer befruchtenden Kraft gefunden. Um so dankbarer ist es zu begrüßen, daß das vorliegende Buch diesem Gegenstand gewidmet ist und ihn in wissenschaftlich tiefeindringender Weise behandelt.

In einer Einleitung wurden das Verhältniß zwischen kaiserlichem und republikanischem Recht und das Handbüchlein des Sextus Pomponius besprochen. Dann schildert der Verfasser im ersten Kapitel die pontifikale Jurisprudenz oder die Periode empirischer Rechtskunde. Er berichtet über die Amtsthätigkeit der Pontifices, über das pontifikale Archiv und die Aktionen, die Responsa, die Geheimkunde der Pontifices, ferner über die Königsgesetze, die zwölf Tafeln und das ogulnische Gesetz. In der Schilderung des Ap. Claudius Caecus und Cn. Flavius, des Ti. Coruncanius und des Sex. Aelius, sowie des Cavirens, Agirens und der Interpretation tritt das persönliche Element schon in dieser die klassische Jurisprudenz nur einleitenden Periode bedeutsam auf.

Die Wirksamkeit der Juristen als Respondenten bildet den vermittelnden Uebergang zum grundlegenden zweiten Kapitel: Recht und Juristen seit den punischen Kriegen. Drei einleitende Kapitel behandeln in sehr lehrreicher und interessanter Weise das jus gentium (Weltrecht), und zwar seinen Gegensatz zum jus civile (Landrecht), die äußeren Bedingungen für seine Entstehung, die in der Angliederung fremder Völker an den Nationalstaat der Römer gegeben waren, und die innere Entwickelung des jus gentium. Die Entnationalisirung des römischen Rechts und die Aufnahme des jus gentium haben namentlich stattgefunden durch das Edikt des Prätor urbanus und die in demselben gewährten Aktionen. Innerlich ausgebaut und durch die Schöpfung der Rechtsbegriffe gefestigt haben das Weltrecht die Juristen.

Der Verfasser schildert daher die Anfänge des prätorischen Edikts und der Klagformeln, er behandelt den Ursprung des Formularprozesses, den Inhalt des äbutischen und der julischen Gesetze, den Gegensatz zwischen Civilrecht und prätorischem Recht. Jörs knüpft dann an die in dem ersten Kapitel schon geschilderte praktische Thätigkeit der Juristen wieder an, und stellt ihre vermehrte Bedeutung in dieser Periode dar. Der Cautelarjurisprudenz verblieb während derselben noch eine große Bedeutung für die landrechtlichen Geschäfte. Die Formeln für Stipulationen, Manzipationen und testamentarische Verfügungen boten ein fruchtbares Feld für die Wirksamkeit der Juristen, die mannigfach umgestaltend einwirkt. Wichtig ist namentlich die Uebertragung der leges von den Testamenten auf die Geschäfte unter Lebenden. Das Agiren (Abfassen von Klagformeln) erhielt durch die neugewährten Aktionen des prätorischen Edikts eine sehr erhöhte Bedeutung, es äußerte sich in Edition und Postulation. Mehr nur seinem Umfang nach hat zugenommen das Institut der Rechtsbescheidung (respondere) der Parteien durch die Juristen.

Anschließend werden behandelt der Rechtsunterricht, die gerichtliche Thätigkeit der Juristen, die juristische Schriftstellerei und die Lebensstellung der Juristen. Ein lebendiges Bild hierzu bietet am Schlusse des zweiten Kapitels die Biographie des älteren Cato.

Das dritte Kapitel ist der Regularjurisprudenz gewidmet, d. h. der Bedeutung der Rechtsregeln für die dogmatische Erfassung des Rechtsstoffes. Im Mittelpunkt dieses Kapitels steht die Thätigkeit des jüngeren M. Porcius Cato, auf welchen bekanntlich die Regula Catoniana zurückgeführt wird.

Die Arbeit soll fortgeführt werden bis auf Sex. Sulpicius Rufus, der 711 starb. Neben ihr beabsichtigt der Autor eine Sammlung der Fragmente der von ihm behandelten Juristen nebst Kommentar herauszugeben.

Das Buch von Professor Jörs zeichnet sich nicht bloß durch eindringenden juristischen Scharfsinn neben großer Beherrschung des Stoffes und Quellenmaterials aus, sondern auch durch eine überaus klare und glänzende Form. Es giebt nur wenige Arbeiten von Juristen, die darin dem besprochenen Werke gleichkämen. Die Absicht des Verfassers, die Arbeit der römischen Juristen als einen Bruchtheil der antiken Kultur darzustellen, ist ihm vorzüglich gelungen. Er hat in der That nicht bloß für den Juristen, sondern auch für den Philologen und Historiker geschrieben. Und die glän-

zende Schilderung der klassischen Jurisprudenz wirft Licht weit über die Zeit, die sie behandelt, hinaus auf die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland und auf die Aufgabe des deutschen Civilgesetzbuches. Bei der Darstellung des jus gentium sagt der Verfasser: „Es ist überhaupt nie eine Kultur, die der Welt zu gute gekommen ist, aus sich selbst erwachsen, sondern ebenso wie ein Volk von seiner Civilisation an andere ausgiebt, hat es auch von anderen empfangen. Nicht die Frage, ob es alles sich selbst verdankt, entscheidet für seine geistige Leistungsfähigkeit, sondern lediglich die, wie es das überkommene Gut verwerthet und ihm den Stempel seiner nationalen Eigenart aufzudrücken vermocht hat." K. Schulz.

63.

Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie von Dr. Hugo Preuß. XII. u. 420 S. Berlin 1889, Julius Springer. (M. 8,—.)

„Ungern und mit Widerstreben" fühlt der Verf. die weltgeschichtliche Aufgabe auf sich gewälzt „die allgemeinen Grundbegriffe des Staatsrechts einer Revision zu unterziehen, welche in den wesentlichsten Punkten zu einer von der herrschenden fundamental verschiedenen Anschauung gelangt." Zum Glück findet er den Schlüssel zur Lösung in dem Gierke'schen Körperschaftsbegriff mit dem Gegensatz von „Sozial-" und Individual" recht bereit liegen. So macht er sich zuversichtlich daran, etwas das ihm unklar scheint, durch ein anderes zu erklären, was jedenfalls noch viel unklarer ist. Die „fundamentale Verschiedenheit" seiner Ergebnisse von der herrschenden Anschauung besteht indeß nur darin, daß während dieser schon mit Grund der Vorwurf zu machen ist, daß sie in ungeschichtlicher Weise aus dem Begriffe des Staats die wesentlichen Bestandtheile des besonderen Volksthums und der Obrigkeit verschwinden läßt, der Verf. in zielbewußter Weise darauf ausgeht, diese Bestandtheile mit Stumpf und Stiel auszurotten. So hat er mindestens das Verdienst, Methode in den Wahnsinn zu bringen; aber verwahren müssen wir uns doch dagegen, daß uns diese grundsätzliche Verleugnung dessen, woran der deutsche Staat seinen höchsten Vorzug vor allen gleichzeitigen Kulturstaaten hat, sich uns eigens als „Deutsche Staatskonstruktion" aufdrängen will. „Die erste Bedingung, deren Erfüllung allein einen Fortschritt der modernen Staatstheorie ermöglicht, ist die Eliminirung des Souveränetätsbegriffs aus der Dogmatik des Staatsrechts" (S. 92) eines Begriffs, „in dessen Gespinst sich die Staatsrechtslehre verfangen hat wie die Fliege im Gewebe der Spinne" — so hören wir gleich in der Vorrede. Der Souveränetätsbegriff in seiner staatsrechtlichen Anwendung ist aber nur die Abstraktion der lebendigen Obrigkeit, wie der Verf. S. 107 anerkennt, wenn er den Begriff auf den „absoluten Obrigkeitsstaat" beschränkt. Aber in jedem heutigen Staate ist die Staatsgewalt dem Unterthan gegenüber, als „Souveränetät der Gesetzgebung", wie sie Fürst Bismarck einmal bezeichnete, noch immer absolut; und im deutschen Verfassungsstaate ist die lebendige Obrigkeit noch immer Trägerin der Staatsgewalt, wenn auch in gewissen Richtungen an die Mitwirkung anderer

Kräfte gebunden und insoweit durch diese beschränkt. Einen begrifflichen Unterschied unseres von dem „absoluten Obrigkeitsstaate" müssen wir also mit allem Nachdruck ablehnen. Wenn der Verf. mit Gierke statt der Obrigkeit die „Gesammtperson" oder „Körperschaft" herrschen läßt, so ist das nur ein anderes Wort für die Rousseau'sche Herrschaft „Aller zusammen" über alle Einzelnen, eine Erfindung, deren Tiefsinn dicht neben der Geschicklichkeit Münchhausens steht, sich am eigenen Schopfe aus dem Sumpfe zu ziehen. Die „Einheit des Gesammtwillens", welche Gierke in seine „Gesammtperson" hineingeheimnißt, ist in dem wirklichen Staate gerade durch die lebendige Obrigkeit und die lebendige Einheit des Volksthums bedingt, Momente, von denen das eine zur Noth das andere ersetzen kann, wie Frankreich in den Zuckungen der Revolution und das heutige Oesterreich-Ungarn zeigen. Wer aber beide zumal aus dem Staatsbegriff „eliminirt", macht den Staat zu dem berufenen Messer ohne Klinge, an welchem der Stiel fehlt. Gegen das eigene Volksthum des Staats aber zeigt sich der Verf. absonderlich eingenommen; er höhnt (S. 375) über den „Atavismus der Abstammungskörperschaft", den er durch seinen auf der Höhe der Zeit stehenden Begriff der „Gebietskörperschaft" überwunden haben will. Diesen Begriff führt er denn auch meisterhaft an den Bestimmungen des Reichsgesetzes über die Staatsangehörigkeit durch, indem er nämlich die Bestimmungen, die ihm gerade entgegenstehen, nach einer nicht mehr neuen Methode als „Anomalien" zur Seite oder ihnen durch Interpretation den gegentheiligen Sinn unterschiebt. So sollen die Bestimmungen der §§ 3 u. 13 sich durch einen animus revertendi erklären, von dem das Gesetz nicht nur nichts sagt, der vielmehr nach seinem klaren Sinne nicht vorausgesetzt ist: jeder bleibt Angehöriger seines deutschen Staates, so lange er es trotz dauernden Wohnsitzes im Auslande bleiben will, und überträgt diese Angehörigkeit auch auf die im Auslande geborenen Kinder. Gegenüber der in diesem Gesetze wie auch im Strafgesetzbuch klar ausgesprochenen Anschauung, daß die Staatsgewalt auf Land und Leute zugleich sich erstreckt, ist vielmehr dem Verf. Atavismus des Territorialitätsprinzips vorzuwerfen, welches dem das Volksthum verkennenden, und in diesem Sinne „absoluten" Obrigkeitsstaate angehört. Dr. Klöppel.

64.

Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage. Von Dr. Georg Jellinek, Professor es Staatsrechts an der Universität Wien. Freiburg i. B. 1887. Akad. Verlagsbuchh. von J. C. B. Mohr. XVI u. 412 S. (M. 10,—.)

In dieser Schrift finden wir die Vorzüge der umsichtig vergleichenden und besonnen abwägenden Behandlungsweise des geschichtlich-positiven Rechtsstoffs, welche schon die früheren Schriften des Verfassers (über die rechtliche Natur der Staatenverträge 1879; die Lehre von den Staatenverbindungen 1882) auszeichnen, in vielleicht noch vollerer Ausreifung wieder. Der Inhalt umfaßt mehr, als der Titel zu versprechen scheint; der Verf. hat das „konstitutionelle Budgetrecht" und das Verhältniß von

Staatsvertrag und Gesetz in seine Darstellung hineingezogen. Diese gliedert sich in zwei Hauptabtheilungen: „Geschichte" und „Theorie" des Gesetzes und der Verordnung; zwischen beiden sind als Einleitung der zweiten grundlegende Untersuchungen über den Staatsbegriff, die Staatsorgane und die Funktionen des Staats eingeschoben. Wenn der Verf. wie zur Rechtfertigung dieser Anlage am Schluß der Vorrede bemerkt, daß wohl bis in die kleinsten Einzelheiten herab die richtige Lösung staatsrechtlicher Fragen abhängt von der Erkenntniß, die man vom Wesen des Staates besitzt (sic; warum nicht schlicht „hat"?), so ist es gewiß, daß alles Schiefe und Falsche in der Staatsrechtslehre auf ungenügende oder mangelnde Erkenntniß vom Wesen des Staates zurückgeht. Nicht minder gewiß aber ist es, daß gesunde Anschauung und klare Auffassung der Wirklichkeit den Bann überkommener irriger Grundbegriffe durchbrechen und trotz derselben richtige Begriffe des besonderen zu bieten und ihre zutreffende Anwendung zu sichern vermag, und der Verf. selbst giebt uns dafür einen sprechenden Beweis. Wenn er als den „Grund- und Eckstein" des Staatsrechts die Erfassung des Staates als „Person" bezeichnet und behauptet, wer die „Persönlichkeit" des Staates leugne, könne nicht über den Begriff des Privatrechts hinauskommen, so läßt sich dem mit besserem Grunde entgegenstellen, daß der noch gar nicht über den Begriff des Privatrechts hinausgesehen hat, der den Staat auf den Boden einer „Rolle" im Rechtsleben neben anderen insoweit gleichwerthigen „Rollen" herabziehen will. Eine solche „Rolle" kann der einzelne Staat im Verhältnisse zu anderen Staaten, aber unmöglich der Staat schlechthin im Verhältnisse zu seinen Unterthanen spielen. Gerade wenn „alles Recht Beziehung von Persönlichkeiten" ist, muß dies auch vom öffentlichen Recht in dem Sinne gelten, daß der Unterthan rechtliche Beziehungen nur zu den „Persönlichkeiten" haben kann, welche im Einzelnen ihm als Träger der Staatsgewalt gegenübertreten, aber nicht ein Recht gegen den Staat selbst, der die Quelle alles geschichtlichen Rechtes ist. Soll aber in das inhaltleere und barbarische Fremdwort „Persönlichkeit" der Begriff des selbstthätigen Eigenwesens hineingeheimnißt sein, so handelt es sich doch um ein Eigenwesen höherer Ordnung über den „Personen" der einzelnen Menschen, welche in ihrer Vereinigung den Staat bilden, und es kommt vor allem auf die Begriffsbestandtheile an, welche das vereinigende Band zu einer über das Belieben der einzelnen Glieder schlechthin übergreifenden Einheit des Eigenwesens bilden, ohne welche dieses nicht denkbar ist. Von diesen Bestandtheilen verkennt der Verfasser den ersten, das in gemeinsamer Abstammung und Gesittung erwachsene Volksthum, gänzlich, indem er die Einzelnen lediglich durch die „Organisation der Herrschaft" zur Volksgemeinschaft verbunden werden läßt; die zweite, durch welche die Gemeinschaft erst einen einheitlichen „Willen" erhält, die Obrigkeit, führt er nur hinterher unter den „Staatsorganen" ein, — wie wenn Jemand die Seele zu den „Organen" der Menschen rechnen wollte — nachdem er vorher einen langen Abschnitt hindurch nur von einer „Herrschaft" in abstracto gesprochen, als ob eine Herrschaft denkbar wäre, die nicht eben ein Herr führt. Trotz dieses tief genug greifenden Gegensatzes der „Erkenntniß vom Wesen des Staats" finden wir in den Fragen

des wirklichen Staatslebens, die unsere Zeit bewegen, den Verf. durchweg an unserer Seite, wenn auch manchmal in einem Rückzugsgefecht begriffen, um das Verlassen seiner „grundsätzlichen“ Stellung zu verdecken. So führt er zweimal einen Streit mit Gneist, der unnütz ist, weil beide am letzten Ende in der Sache übereinkommen, und der beide Male auf ein offensichtliches Mißverständniß zurückgeht, in welches der Verf. durch seine vermeintlich bessere Erkenntniß vom Wesen des Staats hineingezogen wird. Das eine Mal handelt es sich um die Grenze von Verordnungsgewalt und Gesetzgebung auf dem Boden der geschichtlichen englischen Verfassung, welche Gneist dahin bestimmt hat, daß die erstere sich überall soweit erstrecke, als ein Gebiet der Staatsthätigkeit durch die Gesetzgebung nicht okkupirt sei. Während der Verf. auf der einen Seite des Gegensatzes mit Gneist die königliche „Prärogative“ d. h. die geschichtlich ursprüngliche Königsgewalt sieht, verkennt er, daß auf der andern eben auch nur die mitbestimmende Macht des Parlaments steht, und wirft vielmehr die Gesetzgebung im Geiste des Naturrechts mit der Rechtsordnung und der ungeschriebenen Verfassung zusammen. So kommt er dazu, Gneist die Belehrung zu ertheilen, deren dieser durchaus nicht bedarf, daß die königliche Prärogative innerhalb der geltenden Verfassung auf common law d. h. im Sinne der bei uns herrschenden Rechtsquellentheorie auf Gewohnheitsrecht beruhe. So läßt der Verf. in der That auch alle von Gneist angeführten Beispiele selbständiger Verordnungen gelten, nur daß er ihnen den Zettel der common law aufheftet, der doch richtig verstanden, da common law der Gegensatz von statute law, also von Gesetzgebung unter Mitwirkung des Parlaments ist, nur genau die Gneist'sche Grenzbestimmung bestätigt. — Das andere Mal bestreitet der Verf. Gneist's Auffassung, daß die unserm Staatshaushaltsgesetz entsprechende englische Appropriationsakte hinsichtlich der auf Gesetz beruhenden permanenten Einnahmen und Ausgaben die Bedeutung einer Verwaltungsordnung, nicht eines Gesetzes habe, so daß die Regierung nöthigenfalls befugt sein würde, auch ohne daß eine Appropriationsakte mit parlamentarischer Zustimmung zu Stande gekommen wäre, die gesetzlichen Einnahmen zu erheben und daraus die gesetzlichen Ausgaben zu bestreiten. Der Verf. stellt dem, gestützt auf „alle englischen Schriftsteller von Blackstone bis auf die Gegenwart“ die Ansicht entgegen, daß der Rechtsgrund aller appropriirten Ausgaben ausschließlich in der Appropriationsakte ruhe. Indeß wenn Gneist es unternimmt, das in England geltende, durchweg nur aus der geschichtlichen Uebung erkennbare Staatsrecht mit der in der deutschen Wissenschaft einheimischen Klarheit und Schärfe des Begriffs zu erfassen, so ist er vollkommen in seinem Rechte, es widersinnig zu finden, daß Handlungen, welche durch ein geltendes Gesetz vorgeschrieben sind, ihren „Rechtsgrund“ erst durch ein neues Gesetz erhalten müßten, und er kann sich darin durch die englischen Doktrinäre nicht beirren lassen, welche so wenig wie die auf dem Kontinent zuständig sind, Rechtssätze zu schaffen. — Dieser Vorbehalte im Allgemeinen und im Einzelnen ungeachtet können wir das Buch als eine in knappster Fassung für verfassungsgeschichtliche wie staatsrechtliche Belehrung gleich reichhaltige Quelle bestens empfehlen. Dr. Klöppel.

65.

Einleitung in das Staatsrecht von Dr. Ludwig Gumplowicz, Professor der k. k. Universität in Graz. Berlin 1889. Carl Heymann's Verlag. (M. 5,—.)

Das in der Sammlung von „Kompendien des österreichischen Rechts" erschienene Buch ist eine Einleitung in das österreichische Staatsrecht und zwar eine geschichtliche Einleitung, welche die Entwicklung des österreichisch-ungarischen Staatswesens von den ältesten Zuständen Norikums bis zum Uebergang zur Repräsentativverfassung unter Kaiser Franz Josef I. darstellt. Verf. unterscheidet 3 Perioden, deren erste von den ältesten Zeiten bis zu den Babenbergern (975) reicht, deren zweite sich von den Babenbergern bis zur dauernden Vereinigung Böhmens und Ungarns unter dem Scepter der österreichischen Habsburger erstreckt (1526), während die Grenze der letzten Periode das Jahr 1867 bildet. Die Vorgeschichte Oesterreichs in der 1. Periode ist durch den Wechsel der Machthaber in 4 Abschnitte gegliedert: in die vorrömische Zeit, in die Zeit der römischen, bairischen und fränkischen Herrschaft. Innerhalb der 2. Periode unterscheidet Verf. 2 Abschnitte: den Feudalstaat der Babenberger und die Herrschaft der ständischen Verfassung von der Mitte des 13. bis zum 16. Jahrhundert; die letzte Periode endlich repräsentirt die allmähliche Untergrabung des ständischen Einflusses und die Herrschaft des Absolutismus bis zu dessen Untergang durch die Repräsentativverfassung. In diesem Rahmen sucht Verf. die Grundzüge des jeweiligen Verfassungszustandes, die Veranlassung und die leitenden Gedanken der Verwaltungsreformen sowiei hren inneren Zusammenhang darzulegen, und selbstverständlich steht diese innere Rechtsgeschichte in fortwährender Berührung mit den Ereignissen der politischen Geschichte überhaupt sowie mit dem Verhältnisse der Nationalitäten zueinander. Wir glauben, daß das Buch nicht nur dem Bedürfnisse der akademischen Jugend genügen, sondern auch außerhalb dieses Kreises mit Nutzen gelesen werden wird, denn wir stimmen dem Satze zu, mit welchem Verf. sein Unternehmen im § 3 der „Vorbegriffe" rechtfertigt: „Das Verständniß und wissenschaftliche Begreifen des Staatsrechtes eines gegebenen Staates ist ohne Kenntniß des historischen Werdeprozesses desselben nicht möglich ... Die Machtverhältnisse von heute sind immer nur die nothwendige Folge der Machtverhältnisse von gestern." Das hat nicht nur der Jurist, sondern auch der Politiker zu berücksichtigen.

Kleinfeller.

66.

Das Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juli 1870, erläutert mit Benutzung amtlicher Quellen und unter vergleichender Berücksichtigung der ausländischen Gesetzgebung. Von Dr. Wilh. Cahn, Kais. Leg.-R., ständ. Hülfsarbeiter i. A. A. XII. u. 432 S. Berlin u. Leipzig, 1889. J. Guttentag. (M. 9,—.)

Neben einem sehr reichhaltigen, sorgfältigen und übersichtlichen Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen des Ges. vom 1. Juli 1870, bei welchem ganz besonders die in dieser Materie unentbehrlichen Angaben der

ausländischen Vorschriften werthvoll sind, enthält das Buch eine die gute Hälfte füllende Zusammenstellung der ergänzenden Gesetze und der einschlagenden Verordnungen und Ministerialerlasse, Staatsverträge und Protokolle, und bietet sich in beiden Richtungen der Wissenschaft und der Praxis als unentbehrliches Hülfsmittel dar. Dr. Klöppel.

67.

Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden. Von Dr. Georg Prazak, Proffessor in Prag. Freiburg i. B. 1889. Akadem. Verlagsbuchhandl. von J. C. B. Mohr.

Verf. behandelt seinen Stoff in 7 Abschnitten, deren Inhalt sich in Ermangelung von Ueberschriften etwa mit folgenden Schlagworten bezeichnen läßt: I. Geschichtlicher Rückblick auf den Streit um die Verwaltungsrechtspflege. II. Abgrenzung des öffentlichen und Privatrechts. III. Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. IV. Zusammentreffen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Normen in einer Streitsache. V. Die Behandlung der Präjudizialfragen. VI. Momente, welche für die Entscheidung über die Zuständigkeit nicht maßgebend sind. VII. Zuständigkeit in Strafsachen. Der Schwerpunkt der Abhandlung liegt in den Abschn. II—V, aus welchen wir folgende Ergebnisse mittheilen: Für die Abgrenzung des öffentlichen Rechtes vom Privatrechte ist lediglich maßgebend der Standpunkt des Gesetzgebers; öffentliches Recht liegt vor, wenn der Urheber der Norm die einzelnen Rechtssubjekte als Glieder von nothwendigen Verbänden der menschlichen Gesellschaft ins Auge faßt und ihre Beziehungen zu einander mit Rücksicht auf die Mitgliedschaft in einem Verbande sowie ihre Beziehungen zu den Verbänden selbst regelt; das Privatrecht dagegen bilden diejenigen Normen, welche die selbständige Existenz der einzelnen Rechtssubjekte zum Ausgangspunkte nehmen. Für die Eigenschaft einer Rechtssache als bürgerliche Rechtsstreitigkeit ist nicht der Karakter des vom Kläger behaupteten subjektiven Rechtes sondern die Rechtsnorm maßgebend, nach welcher das im Streit vorliegende Rechtsverhältniß beurtheilt werden muß. Wenn aber den Gegenstand des Streites solche Rechtsverhältnisse bilden, auf welche verschiedenartige Rechtssätze Einfluß üben, indem zur Entscheidung sowohl öffentliches wie Privatrecht in Frage kommt und die Entscheidung in der Hauptsache bedingt ist durch die Entscheidung von Präjudizialfragen, die einer fremden Zuständigkeitssphäre angehören, so hat die zur Entscheidung über das bedingte Rechtsverhältniß berufene Behörde auch die Präjudizialfragen selbständig zu entscheiden, jedoch unter Vorbehalt der Möglichkeit, in wichtigen Fällen Ausnahmen zu machen und den Prozeß vor den Gerichten auszusetzen bis zur Entscheidung der Präjudizialfragen durch die Verwaltungsbehörde. Wenn jene schon früher durch die zuständige Behörde entschieden worden waren, so soll der Civilrichter an diese Vorentscheidung gebunden sein, unbeschadet seiner Freiheit in der Auslegung derselben. Kleinfeller.

68.

Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Erläutert von Dr. L. Gaupp, Landgerichtsrath a. D. in Tübingen. Zweite, gänzlich umgearbeitete Auflage. Erste bis dritte Lieferung. Freiburg i. B. 1889. Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). (M. 9,—.)

Die große Bedeutung des Gaupp'schen Kommentars für das Verständniß und die richtige Anwendung der C.P.O. wird allseitig in Doktrin und Praxis anerkannt. Wie die Verlagsbuchhandlung bemerkt, ist die erste Auflage desselben seit dem Jahre 1885 vergriffen. Der Verf. hat die Umarbeitung aber erst jetzt vollenden können. Daß in der zweiten Auflage die gesammte Literatur und die Praxis des Reichsgerichts sorgfältig benutzt und ohne Verleugnung des eigenen Urtheils berücksichtigt sind, bedarf keiner besonderen Betonung. Von großer Bedeutung sind die Vorbemerkungen zu den einzelnen Abschnitten des Gesetzes. In denselben werden die allgemeinen, das betreffende Prozeßgebiet beherrschenden Grundsätze kurz und klar zusammengestellt, so daß der Kommentar in gewisser Beziehung ein Lehrbuch ersetzt. Recht wünschenswerth halten wir, daß der Verf. das württembergische Recht in einen Anhang, zu dessen Abnahme der Käufer des Buches nicht verpflichtet ist, verwiesen hat. Für den deutschen Juristenstand nahm das württembergische Recht in der ersten Auflage einen zu großen Umfang ein. Soweit das württembergische Recht allgemeine Bedeutung hat, wird diese in den Anmerkungen auch jetzt noch gebührend hervorgehoben. Wir möchten glauben, daß der Verf. durch die eingetretene Aenderung seinem Werke den Karakter eines für territoriales Recht vorzugsweise bestimmten Kommentars genommen, und dasselbe für die Benutzung des ganzen deutschen Publikums geeigneter gemacht hat.

Es ist nicht möglich, bei der Anzeige eines derartigen Werkes auf alle Ausführungen und Ansichten des Verf. näher einzugehen, namentlich wenn der dafür gegebene Raum eine Beschränkung nothwendig erfordert. Um jedoch einige Einzelheiten zu berühren, wollen wir auf den Abschnitt über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte (§§ 3 ff. C.P.O.) spezieller eingehen. Bei § 3 (Note II) führt der Verf. aus, daß der Richter, wenn der Beklagte im Termine nicht verhandelt, die für die Zuständigkeit maßgebenden, vom Kläger behaupteten Thatsachen (im Versäumnißurtheil) als zugestanden annehmen muß, und daß zu diesen Thatsachen für die Frage der Zuständigkeit auch die den Streitwerth betreffenden gehören. Wir glauben, daß der Verf. in dieser Beziehung gegen v. Wilmowski-Levy, welche dem Richter auf Grund des § 296 C.P.O. ein Prüfungsrecht einräumen, Recht hat. (v. W.-L. § 3 Note 1; 5. Aufl. S. 23). Bleibt dagegen der Kläger im Termine aus, so hat das Gericht nach Ansicht des Verf. keinen Anlaß, seine Zuständigkeit zu prüfen. Ob dies auch für die III. Instanz gilt, ob also das Reichsgericht, wenn in einer nach § 508 C.P.O. nicht revisiblen Sache der Rev.-Kläger nicht erscheint, die Revision durch Versäumnißurtheil zurückzuweisen, oder als unzulässig zu verwerfen hat, erscheint nicht unbedenklich. Der Verf. wird wohl in dem Abschnitt von der Revision auf die Frage eingehen. — Daß die Feststellung des

Streitwerthes, sofern die Zuständigkeit davon abhängt, in den Urtheilsgründen erfolgt, halten wir für richtig. Dagegen ist uns die Bemerkung unter V: „Die Entscheidung des Berufungsrichters über den Streitwerth (II) unterliegt, da es sich hierbei um eine thatsächliche Feststellung handelt, soweit nicht die §§ 3 bis 9 verletzt sind, der Revision nicht" bedenklich erschienen. Selbstverständlich werden nur Entscheidungen über die Zuständigkeit gemeint. Das Reichsgericht hat in Anwendung des § 509 C.P.O. sich in einem derartigen Falle für zuständig erachtet, die Richtigkeit der Feststellung auch materiell zu prüfen. Die Zweifelhaftigkeit der Frage erkennen wir aber an.

Bei § 7. C.P.O. (S. 29) sagt der Verf., daß das Gesetz sowohl die konfessorische, als die negatorische Klage betreffe, und wenn auch als Rechtsgrund der letzteren das Eigenthum erscheine, so sei doch für die Bemessung des Steitwerths nicht der Rechtsgrund, sondern nur der Gegenstand der Klage entscheidend. Diese Ansicht halten wir für richtig. Der Verf. fügt jedoch hinzu: Würde daher der Klageanspruch nicht auf Feststellung oes Nichtbestehens einer Grunddienstbarkeit, auch nicht auf Unterlassung der Ausübung einer solchen, sondern — wenn auch unter Motivirung des Interesses an der Feststellungsklage durch die angeblichen Eingriffe — auf die Anerkennung des Eigenthums selbst gerichtet sein, so würde das letztere den Streitwerth darstellen. Anders bei Anstellung der act. negatoria. Die Konsequenz dieser u. E. bedenklichen Ansicht würde sein, daß bei der Störung des Eigenthums durch Eingriffe, für eine Klage, welche nur Anerkennung des Eigenthums fordert, der Werth der Sache, dagegen für eine Klage, welche Anerkennung des Eigenthums, Untersagung der Störung, Restitution und Schadensersatz fordert, nur der Werth der Schädigung des Eigenthümers als Streitwerth gelten muß. Vielleicht dürfte die Ansicht des Verfassers dadurch an praktischer Bedeutung verlieren, daß die Zulassung einer Feststellungsklage in dem angegebenen Falle, weil die Leistungsklage angestellt werden kann, und das rechtliche Interesse an der Feststellung des Eigenthums fehlt, nicht anerkannt wird.

Daß § 8 (S. 30 Nr. I) nicht bloß für Feststellungsklagen gilt, hat auch das Reichsgericht bereits erkannt. Entsch. Bd. 17 S. 377. Mit Recht sagt ferner der Verf., daß § 8 auf die Dienstmiethe nicht bezogen werden darf. Dagegen will er ihn anwenden, wenn zwischen einer Mehrheit von Pächtern u. s. w. unter sich, oder zwischen dem Pächter rc. und seinem Rechtsnachfolger über Bestand oder Dauer eines Pacht- oder Miethsverhältnisses Streit ist. Wir halten diese Ansicht nicht für richtig. Der Verf. sagt in Note 5: Vgl. auch R.G. III. S. 424. Auf das hiernach in Bezug genommene Urtheil des III. Civil-Senats des Reichsgerichts kann der Verf. sich jedoch nicht berufen, denn dasselbe hebt ausdrücklich hervor, daß § 8 seinem Wortlaute nach sich nicht auf den Fall bezieht, wenn ein Pachtverhältniß zwischen mehreren Pächtern bezgl. deren Erben in Frage kommt, und läßt dahingestellt, ob das Gesetz seinem Geiste nach auch auf solche Fälle anzuwenden sei. — Der § 8 C.P.O. enthält u. E. singuläres Recht. Zutreffend sagt Wach (Handbuch I. S. 388): „Die Regel (des § 8) ist überaus äußerlich und bei mechanischer Uebertragung auf die

Kostenrechnung von großer Härte; denn das Rechtsschutzinteresse des Lokator oder Konduktor erreicht für gewöhnlich auch nicht entfernt die Summe der Zinsraten." Diese Härte wird denn auch in der Praxis empfunden, und zahlreiche Beschwerden beweisen, daß die Gerichte bestrebt sind, die Anwendung des Ausnahmerechts möglichst einzuschränken und die Regel des § 3 C.P.O. zur Geltung zu bringen. Als Beispiel darf auf den Beschluß des Reichsgerichts Entsch. Bd. 17 S. 376 und die darin gegebenen Zitate verwiesen werden. Jedenfalls ist u. E. daran festzuhalten, daß § 8 nur bei Prozessen zwischen Miether und Vermiether (resp. Pächter und Verpächter) den Werth des Streitgegenstandes nach Maßgabe des auf die streitige Zeit fallenden Zinses bestimmen will. Wie in einem Prozesse zwischen mehreren Pächtern ꝛc. unter sich der Bestand oder die Dauer des Pachtverhältnisses den Streitgegenstand bilden kann, läßt sich kaum absehen. Haben sich mehrere Pächter über die Ausübung des Pachtrechts geeinigt, so ist ihr gegenseitiges Rechtsverhältniß dem Vertrage gemäß zu beurtheilen, und der Werth des Streitgegenstandes nach dem Interesse des Klägers an der Erfüllung des Vertrages zu bestimmen. Handelt es sich dagegen um einen Streit mehrerer Personen, wem von ihnen die Pachtnutzung einer Sache zusteht, so wird derselbe der Regel nach durch Klagen gegen den Verpächter zum Austrag zu bringen sein. Wenn man aber auch die Klage eines dejizirten Pächters gegen den dejizirenden zulassen will, so kann u. E. der Schadensanspruch des ersteren unmöglich von der Summe der Pachtzinsraten abhängen. Den Streitwerth aber höher, als den Betrag des geforderten Interesse anzusetzen, läßt sich durch die Vorschrift des § 8 nicht rechtfertigen.

Der zweite Fall, auf welchen der Verf. den § 8 anwenden will, betrifft Prozesse zwischen dem Pächter ꝛc. und seinem Rechtsnachfolger. Handelt es sich um Singularsukzession, hat z. B. ein Pächter das Pachtrecht einem Andern abgetreten, so bildet das Interesse des Klägers an der Erfüllung dieses Vertrages den Maßstab für die Schätzung. Will dagegen ein Universalnachfolger in den Pachtvertrag eintreten, so würde allerdings für die Klage, ob ihm dies gestattet ist, wenn sie gegen den Verpächter gerichtet wird, der Streitwerth gemäß § 8 zu bestimmen sein. Machen andrerseits Miterben oder sonstige Dritte dem Universalnachfolger das Pachtrecht streitig, so entscheidet dessen Interesse an dem Eintritt in das Pachtverhältniß, und das deckt sich in keiner Weise mit der Summe der Zinsraten.

Der Gesetzgeber ist u. E. bei § 8 a. a. O. von der Annahme ausgegangen, daß der Werth des Streitgegenstandes bei Prozessen über das Bestehen oder die Dauer eines Pachtverhältnisses in der früheren Praxis nach verschiedenen Grundsätzen festgestellt wurde (Mot. S. 50). Er hat zur Vermeidung einer „verschiedenartigen Praxis" für diesen und für andere „besondere Fälle" Bestimmungen getroffen, insbesondere im § 8 vorgeschrieben, daß die Leistungen des Pächters für die Werthbestimmung und die davon abhängende Zuständigkeit des Gerichts maßgebend sein sollen. Das mag richtig sein, oder läßt sich vielleicht vertheidigen, soweit es sich um das Interesse des Verpächters handelt. Schwerlich war es aber gerechtfertigt,

das Interesse des Pächters mit demjenigen des Verpächters in allen Fällen zu identifiziren. Das ist jedoch bei Prozessen zwischen Verpächter und Pächter über das Bestehen oder die Dauer des Prozeßverhältnisses geschehen, und insoweit der Richter durch das Gesetz gebunden. Dagegen kann eine weitere Ausdehnung des § 8 auf Prozesse von Pächtern unter sich oder mit einem Rechtsnachfolger aus dem Gesetz u. E. nicht hergeleitet werden, sondern für diese muß die allgemeine Regel des § 3 C.P.O. entscheidend sein.

Unter Nr. II zu § 8 (S. 30) sagt der Verf., daß in der Klage eine bestimmte Dauer des Pacht- oder Miethsverhältnisses behauptet oder negirt sein müsse. Wir glauben, daß der Verf. damit denselben Rechtsgrundsatz hat aussprechen wollen, welcher von dem Reichsgericht in dem Beschlusse Entsch. Bd. 17 S. 376 angenommen ist, daß nämlich bei Räumungsklagen des Verpächters, wenn nicht die Dauer des Pachtvertrages, sondern nur die behauptete Kündigung streitig ist, der § 8 keine Anwendung findet. —

Wir schließen mit dem Wunsche, daß das Werk des Verf. im Kreise der Berufsgenossen die ihm gebührende Anerkennung in vollem Maße finden möge. Rassow.

69.

Gerichtsverfassung und Justizverwaltung, systematisch bearbeitet für die ordentlichen Gerichte des Preußischen Staats und für das Reichsgericht auf Grund der Reichsgesetzgebung, der Preußischen Landesgesetzgebung sowie der Vorschriften der Preußischen Landesjustizverwaltung nebst einer allgemeinen Einleitung in die neue Reichsprozeßgesetzgebung. Von B. Rintelen, Geheimem Ober-Justizrath. Paderborn 1889. Ferdinand Schöningh.

Das Werk bezeichnet sich selbst als eine zweite Auflage der in diesen Blättern (25. Jahrgang S. 162) besprochenen systematischen Darstellung, unterscheidet sich aber schon in der Anlage wesentlich von derselben. Während die frühere Auflage das gesammte neue Prozeßrecht einschließlich des Gerichtsverfassungsrechts umfaßte, beschränkt sich die neue auf die Darstellung der Gerichtsverfassung und hat aus der früheren nur die allgemeine Einleitung übernommen. Damit hat allerdings das Werk etwas von seiner Eigenthümlichkeit eingebüßt, aber doch wohl nicht zu seinem Nachtheil. Die umfassendere Aufgabe, welche sich der Verfasser zu seiner Zeit gestellt hatte, neben dem Gerichtsverfassungsrecht das in dem Civilprozeß, Strafprozeß, Subhastationsverfahren und Konkursrecht übereinstimmend oder von verwandten Gesichtspunkten aus Geordnete gemeinschaftlich und vergleichend zu behandeln, bot — und nicht bloß für den angehenden Juristen — viel Anregendes und gewährte manchen interessanten Ausblick. Gleichwohl nöthigte den Verfasser der praktische Zweck, den er verfolgte, dem eigentlichen Verfahren in den verschiedenen Zweigen der streitigen Gerichtsbarkeit eine besondere in sich abgeschlossene Behandlung zu Theil werden zu lassen, wodurch das Werk einen verhältnißmäßig recht bedeutenden Umfang ge-

wann, die Gerichtsverfassung aber auch äußerlich etwas zurücktrat. Die Ausscheidung des Prozeßrechts hat es dagegen nunmehr ermöglicht, die neue Auflage auf einen Band zu beschränken, der aber in Anordnung und Ausführung die Vorzüge der alten Auflage bewahrt hat. In knapper, übersichtlicher Form erschöpft der Verfasser das weitschichtige, inzwischen erheblich vermehrte Material. Der erste Abschnitt handelt von den Gerichten und der Staatsanwaltschaft, von der Einrichtung und Zuständigkeit dieser Behörden, von den Rechten und Pflichten der Beamten, von der Justizverwaltung, insbesondere der Justizaufsicht, von der Rechtshülfe, dem Geschäftsbetrieb u. s. w. Der zweite Abschnitt ist den Rechtsanwälten und Notaren gewidmet. Die zehn Anlagen umfassen die in dem systematischen Theil nur in den Grundzügen gezeichneten Bestimmungen über das Bureau-, Gerichtsvollzieher-, Gerichtsdiener-, Gefängniß-, Vorbereitungs- und Prüfungs-, Kautions- und Fondswesen, die an andere Behörden zu machenden Mittheilungen, die Vorschriften betreffend die Tagegelder und Reisekosten u. s. w. in aller Vollständigkeit. Das sorgfältige Quellenregister ergiebt, daß außer den Reichsjustizgesetzen aus der Zeit bis zum 1. Januar 1879 über 400, aus der späteren Zeit über 440 Gesetze, Verordnungen und Reskripte zu berücksichtigen waren. Eine Vergleichung mit der ersten Auflage läßt erkennen, wie erheblich die Veränderungen sind, die sich in dem letzten Jahrzehnt in vielen Theilen der Justizverwaltung als nothwendig herausgestellt haben. Um so schwieriger ist es geworden, „sich in diesem Labyrinth zurecht zu finden.“ Den Faden dazu bietet das vorliegende Buch, das sicherlich den Beifall der Justizbeamten finden wird, insbesondere aber unseren Referendarien zur Vorbereitung auf ihren Eintritt in die Praxis empfohlen sein mag. Henschke.

70.

Prozeßrechtliche Forschungen. Von J. Kohler, Professor an der Universität Berlin. Berlin 1889. Verlag von H. W. Müller. (M. 4,—.)

Der Verfasser beginnt das Vorwort mit dem Satze: „In der Prozeßwissenschaft kann nur eine Verbindung der rechtsvergleichenden mit der dogmatischen Methode zum Ziele führen. Die rechtsvergleichende Methode ist die richtige historische Methode insbesondere auf einem Gebiete, dessen Wurzeln auf dem allgemeinen Nährboden der modernen Kulturentwicklung gediehen sind.“ Er betont deshalb, daß es im Interesse der Wissenschaft nothwendig sei, ein möglichst weites Beobachtungsgebiet adäquater Prozeßformen in Betracht zu ziehen. Beispielsweise verweist er in Betreff der Rechtsverhältnißnatur des Prozesses auf die Entwicklung des kanonischen Prozesses mit allen seinen Derivaten, welche von Spanien bis nach England reichen. Der Inhalt der vorliegenden Schrift umfaßt 1. das Kontumazialverfahren im spanischen, italienischen, französischen, genfer, bayerischen, englischen Prozesse und nach dem Anglo-Indian code of civil procedure. Bei der Erörterung über das deutsche Kontumazialverfahren kommt der Verf. zu dem Resultat, es sei zwar für angemessen zu erachten, daß bei der Kontumaz des Beklagten die Klagethatsachen als zugestanden zu er-

achten sind; damit werde jedoch die äußerste Grenze erreicht, und eine Ausdehnung der Kontumazialfolgen bis auf Zuerkennung des Anspruchs schieße bedeutend über das Ziel hinaus; auch der Erfolg der Feststellung sei auf solche Fälle zu beschränken, wo das Gegentheil nicht notorisch feststehe; das Gericht habe soweit zu kognosziren, daß nicht unerlaubten und unsittlichen Ansprüchen Thür und Thor geöffnet werde. 2. Ueber den vermeintlichen Feststellungsanspruch. Der Verf. vertheidigt die früher von ihm aufgestellten Behauptungen über das Wesen der Feststellungsklage und polemisirt namentlich gegen Wach. Weiter erörtert er die Frage, ob, wenn die Anspruchsklage begründet ist, an Stelle derselben die Feststellungsklage erhoben werden kann, sofern der Beklagte nicht bloß den Anspruch unbefriedigt läßt, sondern auch das klägerische Recht bestreitet. Er verneint dieselbe in der Regel. Bei der Begründung kritisirt er auch den Plenarbeschluß des Reichsgerichts, Entsch. Bd. 21 S. 382 ff. 3. Prozessualische Exhibition und Gewerbegeheimniß. Der Verf. befürwortet Strafbestimmungen gegen gerichtliche Sachverständige, welche die Treupflicht brechen. 4. Gemischte Einreden, und 5. Zur Karakteristik der außerordentlichen Prozeßarten (Ehe-, Entmündigungsverfahren, Urkunden- und Arrestprozeß, Mahnverfahren, einstw. Verfügungen.)

Die anregend geschriebenen Forschungen werden gewiß allseitig mit Interesse aufgenommen werden. Rassow.

71.

Anleitung zur Verwaltung von Konkursen nach der Reichs-Konkursordnung. Auf der Grundlage der einschlägigen Gesetze und Reichsgerichts-Entscheidungen für die Praxis bearbeitet von Senft, Amtsrichter. Berlin, 1889 Siemenroth und Worms (M. 4,50.)

Verf. will „den Konkursverwaltern den Inhalt der Konkursordnung in einer auch für Nichtjuristen verständlichen Weise“ vortragen und schildert demgemäß das Verfahren vom Standpunkte des Konkursverwalters unter Berücksichtigung der Entscheidungen des Reichsgerichts. Der besondere Zweck erklärt einerseits den Mangel selbständiger Untersuchung von Prinzipienfragen, andrerseits die Unterbringung der Bemerkungen über das Eröffnungsverfahren, über Stellung und Funktionen des Gläubigerausschusses sowie der Gläubigerversammlung in dem Anhang. Außerdem sind beigegeben Formulare, ein Auszug aus dem Gerichtskostengesetze, der Wortlaut der Konkursordnung und ein Sachregister. Kleinfeller.

72.

Die preußischen Grundbuchgesetze unter Berücksichtigung der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung erläutert von Dr. H. Oberneck, Rechtsanwalt am Landgericht I. Berlin. X und 650 Seiten. Berlin 1888. Hermann Bahr. (M. 4,50.)

Das Buch enthält das Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke u. s. w. vom 5. Mai 1872; die Grund-

buchordnung vom 5. Mai 1872; die Gesetze über das Grundbuchwesen im Jadegebiete, in Neuvorpommern und Rügen, in der Provinz Schleswig-Holstein, in der Provinz Hannover, im Bezirke des vormaligen Appellationsgerichtes zu Cassel, im Bezirke des vormaligen Justizsenates zu Ehrenbreitenstein und in den Hohenzollernschen Landen; ferner den Kostentarif für Grundbuchsachen, bei welchem an den betreffenden Stellen die Instruktion des Justizministers vom 3. Juli 1872 eingeschaltet ist. Hieran schließen sich Kostentabellen; auf diese ist bei jeder einzelnen Vorschrift des Kostentarifes Bezug genommen. Dann folgt das Gesetz, betreffend die Stempelabgaben von gewissen bei dem Grundbuchamte anzubringenden Anträgen, vom 5. Mai 1872 nebst der Anweisung zur Ausführung desselben vom 19. September 1872 und einer Tabelle zur Berechnung der Stempelabgaben. Hieran schließt sich das Gesetz über die Form der Verträge, durch welche Grundstücke zertheilt werden, vom 5. Mai 1872. Den Schluß bilden dann die allgemeine Verfügung, betreffend die Bildung der Grundbuchämter, vom 1. September 1872 und die Ausführungsverfügungen vom 2. September 1872. Von diesem Material sind das Eigenthumserwerbsgesetz und die Grundbuchordnung mit einem Kommentar in Anmerkungen zu den einzelnen Paragraphen versehen. Dem Ganzen ist ein ausführliches Sachregister beigefügt.

Das Werk tritt in dem Formate eines Taschenbuches auf und es verdient in der That ein Taschenbuch zu werden für Jeden, der mit der Anwendung und Auslegung der preußischen Grundbuchgesetze häufig befaßt ist. Denn wenn das Werk auch das bescheidene Gewand einer Textausgabe mit Anmerkungen trägt, so leisten doch die Kommentare zum Eigenthumserwerbsgesetze und zur Grundbuchordnung wesentlich mehr, als man von einer solchen Textausgabe erwartet. Denn hier sind nicht bloß Parallelstellen und kurze Noten gegeben, sondern die großen Werke von Turnau, Achilles und Bahlmann, welche durch Oberneck's Arbeit weder verdrängt werden noch verdrängt werden sollen, die Lehrbücher von Dernburg und Förster-Eccius und die hauptsächlichsten Monographien über das Grundbuchrecht sind ausgiebig benutzt. Die Praxis des Kammergerichts und des Reichsgerichts ist vollständig verwerthet. In den Anmerkungen ist der Stoff nicht lose neben einander gestellt, sondern systematisch verarbeitet. Die ganze Arbeit, wieviel sie auch auf den Schultern verdienstvoller Vorgänger steht, karakterisirt sich als eine selbständige, ohne daß der Verfasser in den Fehler verfiele, seine Originalität durch recht eigenthümliche Ansichten erweisen zu wollen. Die Objektivität und der praktische Sinn des Verfassers lassen ihn stets zu einem objektiv vernünftigen Resultate gelangen, wenn man diese Resultate nach der Lage des positiven Materials auch nicht immer als zutreffend wird erachten können. Die Sprache der Anmerkungen ist „kurz und präzise, unterschiedlich und klar." Daher wird das Buch seinen Platz in der Praxis erobern*) und behaupten.

Dr. P. Alexander-Katz.

---

*) Es hat auch bereits in einem Urtheile des Reichsgerichts, Entsch. Bd. 22 S. 245, Erwähnung gefunden.

73.

Das Kgl. Bayerische Gesetz vom 23. Februar 1879 zur Ausführung der Reichs-Civilprozeßordnung und Konkursordnung. Erläutert von Ferdinand Böhm, kgl. Oberlandesgerichtsrath in Nürnberg. Erlangen, 1889. Verlag von Palm u. Enke. (Separatabdruck aus der Gesetzgebung des Königreichs Bayern.) (M. 7,60.)

Die Erläuterung dieses Gesetzes, dessen Bestimmungen sich nicht nur auf sehr verschiedenartige untereinander nicht zusammenhängende Materien beziehen, sondern zum Theil auch nicht für das ganze Königreich erlassen sind, sondern nur für einzelne Landestheile Geltung beanspruchen, in denen ganz verschiedenes Recht herrscht, hatte zur Hauptaufgabe, die Beziehungen zwischen den einzelnen Rechtssätzen des Ausführungsgesetzes zu dem übrigen im betreffenden Gebietstheile geltenden Landesrecht klar zu stellen, insbesondere zu zeigen, inwiefern der Inhalt jener Landesgesetze beeinflußt wird, welche durch das Ausführungsgesetz ergänzt oder abgeändert werden. Da ferner im vorliegenden Gesetze zum Theil Bestimmungen wiederholt sind, welche bereits in der bayrischen Civilprozeßordnung v. J. 1869 bezw. im Einführungsgesetze hierzu enthalten waren, mußte an den entsprechenden Stellen auf die Uebereinstimmung mit dem früheren Rechte hingewiesen werden. In allen diesen Richtungen ist Verf. seiner Aufgabe gerecht geworden, zugleich orientiren seine Erläuterungen über das gesammte Auslegungsmaterial, über die Literatur und Praxis; sie erfassen übrigens das Gesetz in dem Zustande, in welchem es jetzt gilt, nämlich unter Berücksichtigung der seit 1879 ergangenen Abänderungen. Obwohl das Gesetz vorwiegend die bayrischen Praktiker interessirt und es deshalb nicht angezeigt erscheint, hier auf Einzelheiten einzugehen, glauben wir doch, daß Böhm auch nichtbayrischen Juristen einen Dienst erwiesen hat, da auch sie durch die Praxis veranlaßt werden können, das bayrische Gesetz zu Rathe zu ziehen.

Kleinfeller.

74.

Die Hypothekengesetznovelle vom 29. Mai 1886 nebst anderen bayerischen Civilgesetzen. Erläutert von Wilhelm Henle, kgl. Landgerichtsrath in München. (Separatabdruck aus der „Gesetzgebung des Königr. Bayern".) Erlangen, 1889. Verlag von Palm und Enke. (M. 1,60.)

Das vorliegende Heft der „Gesetzgebung des Königreichs Bayern" vereinigt drei kleinere bayerische Gesetze mit kommentatorischer Erläuterung in sich, nämlich: 1. das Gesetz v. 29. Mai 1886, die Abänderung einiger Bestimmungen des Hypothekengesetzes betr., welches für die Grundgefälle des Staates und der Ablösungskasse und die an deren Stelle getretenen Leistungen die Nothwendigkeit der Eintragung in das Hypothekenbuch aufhob (§ 22 Nr. 5), die Wirkungen der Uebernahme persönlicher Haftung für Hypothekenschulden beschränkte (§ 56) und eine weitere Beschwerde bezüglich der hypothekenamtlichen Verfügungen einführte (§ 94); 2. das Gesetz v. 29. Mai 1886, die fürstlich Schwarzenbergische Verordnung v. 12. November 1784 betr., welches die in dieser Verordnung vorgeschriebene Prüfung

und Bestätigung von Eheverträgen mit rückwirkender Kraft beseitigte; 3. das Gesetz v. 18. Dezember 1887, die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen und Forderungen betr., wodurch dem Rechte der Vermiether und Verpächter an den eingebrachten Sachen bezw. an den Früchten des verpachteten Grundstücks diejenigen Sachen entzogen werden, welche nach C.P.O. § 715 Nr. 1—4, 6, 7, 9 und 10 der Pfändung nicht unterworfen sind. Der in bayerischen Juristenkreisen durch verschiedene größere Arbeiten bekannte Verf. hat sich bemüht, unter sorgfältiger Benutzung der Literatur, Rechtsprechung und Gesetzesmaterialien je in einer Einleitung Veranlassung und Geschichte der drei Gesetze klar zu legen, die in den einzelnen Bestimmungen vorkommenden Rechtsbegriffe zu erörtern und die sich hieraus ergebenden Folgerungen zu ziehen, wobei auch das übrige bürgerliche Recht berücksichtigt ist.

Kleinfeller.

75.

Die Aufhebung des Sozialistengesetzes und die Aenderung des Strafgesetzbuches. Von Dr. Ludwig Fuld, Rechtsanwalt in Mainz. Berlin, 1889. Siemenroth und Worms. (M. —,80.)

Obwohl Verf. die Schwierigkeiten nicht verkennt, welche die Ueberleitung der Vorschriften, betr. die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie, in das gemeine Recht zu überwinden hat, tritt er doch mit seiner Ueberzeugung für die Nothwendigkeit dieser Ueberleitung ein. Er geht dabei aus von der Kritik der §§ 130 und 131 St.G.B. An § 130 tadelt er die Beschränkung auf die Anreizung zu Gewaltthätigkeiten sowie den Strafrahmen. Sein Vorschlag geht dahin, statt „Gewaltthätigkeiten" zu sagen „Feindseligkeiten," wie schon der Entwurf zum St.G.B. vorgeschlagen hatte; die Gefängnißstrafe sei in erster Linie und Geldstrafe nur für leichtere Fälle zu drohen; ferner sei ein Abs. 2 aufzunehmen, durch welchen mit derselben Strafe bedroht wird, wer „öffentlich, in Aergerniß erregender Weise die Einrichtungen der Ehe, des Privateigenthums oder der Familie schmäht oder beschimpft;" falls die Beschimpfung in öffentlicher Versammlung begangen wurde, solle Gefängnißstrafe nicht unter 3 Monaten eintreten. Den Thatbestand des § 131 will Verf. in der Weise geändert sehen, daß die Behauptung oder Verbreitung erdichteter oder entstellter Thatsachen bestraft werde, wenn sie geeignet sind, Staatseinrichtungen oder Anordnungen der Obrigkeit verächtlich zu machen ohne Rücksicht darauf, ob der Thäter wußte, daß die Thatsachen erdichtet oder entstellt seien. An diese Bestimmung müsse eine ähnliche angeschlossen werden zum Schutze der bestehenden Staats- und Gesellschaftsordnung gegen Herabwürdigung durch Verbreitung unwahrer Thatsachen. Bezüglich des Vereins- und Versammlungsrechtes verlangt Verf. eine reichsrechtliche Ermächtigung der Polizeibehörden, Vereine und Versammlungen aufzulösen, welche die Förderung der in §§ 130, 131 St.G.B. bezeichneten Handlungen zum Zwecke haben, oder in welchen diese Handlungen verübt werden, die Theilnahme an einem aus solchen Gründen aufgelösten Vereine sei aus § 128 St.G.B. zu bestrafen. Außerdem befürwortet Verf. die Ausdehnung der polizeilichen Beschlagnahme (§ 23 Preßges.) auf alle

Fälle der §§ 130, 131, sowie die Revision und Ergänzung des Sprengstoffgesetzes. Ausdrücklich erklärt er sich gegen die Maßregel der Ausweisung und gegen das Verbot des ferneren Erscheinens einer Druckschrift. Diese Vorschläge werden voraussichtlich auf keiner Seite befriedigen; aber es kommt ihnen zweifellos das Verdienst zu, die Schwierigkeiten der Ueberleitung von Ausnahmebestimmungen, die für einen Ausnahmezustand getroffen sind, in das gemeine Recht besser zu beleuchten, als die gewöhnlichen politischen Erörterungen zu thun pflegen. Kleinfeller.

76.

Die Lehre von der falschen Anschuldigung nach dem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von Dr. jur. L. Heß in Ellwangen. Ellwangen, 1888. Verlag von J. Heß. (M. 1,80.)

Diese Schrift, eine Tübinger Inaugural-Dissertation, giebt zunächst eine kurze Uebersicht über die Geschichte des Delikts der falschen Anschuldigung und entwickelt sodann Begriff und Wesen desselben als eines Deliktes gegen die öffentliche Rechtspflege, wobei dem Verf. als verletztes Rechtsgut das Recht der Behörden auf Wahrheit erscheint. Hieran schließt sich die Untersuchung der einzelnen Merkmale des subjektiven und objektiven Thatbestandes mit kurzen Bemerkungen über Vollendung, Rechtswidrigkeit, Theilnahme und Konkurrenz mehrerer Thatbestände; ausführlich vertheidigt Verf. gegen Herzog die Zulässigkeit der Bestrafung einer nicht wissentlichen falschen Anschuldigung für den Fall, daß der Thatbestand einer besonderen Strafbestimmung in der einzelnen Beschuldigung verwirklicht ist. Den Schluß bilden Erörterungen über die Bestrafung und über die auf die falsche Anschuldigung bezüglichen prozessualen Fragen. Literatur und Rechtsprechung hat der Verf. fleißig berücksichtigt. Kleinfeller.

77.

Der Begriff des „Vortheils" und seine Stellung im deutschen Strafrecht. Von A. Simonson, Amtsrichter in Luckenwalde. Berlin, 1889. Verlag von Franz Vahlen. (M. 1,50.)

Die Einleitung giebt eine kurze Uebersicht über diejenigen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs, der Aktiennovelle und der Konkursordnung, in welchen das Merkmal des „Vortheils" vorkommt. In 7 Abschnitten wird sodann dieser Begriff im Zusammenhang mit den einzelnen Thatbeständen erörtert und zwar so, daß in den einzelnen Abschnitten (mit Ausnahme des ersten) eine Gruppe von Paragraphen zusammengefaßt ist, für welche der Begriff die gleiche Bedeutung hat. Im Einzelnen ist der Verfasser ziemlich kasuistisch verfahren, indem er meistens von der Rechtsprechung des Reichsgerichts und der früheren höchsten Gerichtshöfe der Einzelstaaten ausgehend besonders die dort entschiedenen Fälle bespricht; neben der Rechtsprechung ist zum Theil auch die Literatur berücksichtigt. Da

der Begriff in ganz verschiedenem Sinne gebraucht ist, war auch eine einheitliche Begriffsbestimmung unmöglich. Kleinfeller.

78.

Die Strafprozeß-Ordnung für das deutsche Reich vom 1. Februar 1877, nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 und den Einführungsgesetzen zu beiden Gesetzen, unter Berücksichtigung des R.G. vom 5. April 1888, betr. die unter Ausschluß der Oeffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen. Erläutert vom M. Stenglein, Reichsgerichtsrath. Zweite neubearb. u. stark verm. Aufl. 1. Liefg. Nördlingen, 1889. Verlag der C. H. Beck'schen Buchhandlung. (M. 3,—.)

Im Vorwort zur 1. Aufl. (Beitr. Bd. 28 S. 873) äußerte der Verf. Bedenken, ob die Zahl der Kommentare vermehrt werden dürfe, und rechtfertigte sein Unternehmen mit dem Bestreben, vorwiegend dem Bedürfnisse der Praxis zu dienen, aber alles Ueberflüssige zu vermeiden. Der Erfolg, welcher darin liegt, daß trotz großer Konkurrenz nach 5 Jahren eine 2. Aufl. erscheinen kann, hat die Existenzberechtigung des Stengleinschen Werkes bewiesen. Die vorliegende 1. Liefg. umfaßt das Einführungsgesetz zum G.V.G., das Gerichtsverfassungsgesetz, das Einführungsgesetz zur St.P.O. und die §§ 1—35 der St.P.O.; in weiteren 3 Lieferungen soll der Kommentar vollständig sein. Während sich die 2. Aufl. von der ersten äußerlich durch größeres Format unterscheidet, ist der innere Karakter des Buches im Wesentlichen derselbe geblieben. Die Erläuterungen beruhen auf erschöpfender Verwerthung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und auf Berücksichtigung der wichtigsten Literaturerscheinungen, insbesondere anderer Kommentare. Ergaben sich hieraus von selbst erhebliche Vermehrungen der früheren Erläuterungen, so sind im G.V.G. die Novellen zu §§ 137, 173 ff., 195 kommentirt, womit eine vollständige Umarbeitung des bisherigen Textes verbunden war. Die Strafbestimmungen der Novelle vom 5. April 1888 sind zweckmäßiger Weise mit abgedruckt. Für die Besprechung der übrigen Lieferungen bleibe näheres Eingehen auf Einzelheiten vorbehalten. Kleinfeller.

79.

Kurze Anzeigen.

1. **Grundriß zu rechtswissenschaftlichen Vorlesungen an der kgl. Forstakademie zu Eberswalde. Von Dr. Justus Olshausen, Kammergerichtsrath. Erstes Heft. Gerichtsverfassung und Prozeß.*) Berlin 1889. Verlag von Franz Vahlen. (M. 2,—.)**

Der Verf. hat im Herbst 1888 die Vorlesungen über Rechtswissenschaft an der kgl. Forstakademie zu Eberswalde übernommen und sich auf Anregung des Direktors dieser Lehranstalt entschlossen, den Stoff, welchen

*) Heft 2: Civilrecht (M. 3,60) ist soeben erschienen..

er seinen Zuhörern in freien Vorträgen bietet, durch diesen Grundriß zu fixiren, und ihn somit zur Grundlage für die Studien der Forstkandidaten zu machen. Das jetzt vorliegende erste Heft umfaßt die Gerichtsverfassung, den Strafprozeß und den Civilprozeß. Der Verfasser wird gewiß am besten beurtheilen, ob er sich in Betreff des Umfanges des mitgetheilten Stoffes in den richtigen, dem Zwecke entsprechenden Grenzen gehalten hat.

2. **Das neue Reichsgesetz über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889.** Mit einer Einleitung, nach den Motiven, Kommissionsberichten und Reichstagsverhandlungen, unter Berücksichtigung oberstrichterlicher Entscheidungen bearbeitet von Dr. W. Zeller, großherzogl. hess. Regierungsrath. Nördlingen, 1889. Verlag der C. H. Beck'schen Buchhandlung. (M. 2,—.)

Nach einer eingehenden, für das Genossenschaftsrecht sehr instruktiven Einleitung folgt der Kommentar des Gesetzes. So weit wir uns haben überzeugen können, ist das jetzt vorliegende, zum Verständniß des Gesetzes dienende Material sorgfältig benutzt. Ein Sachregister erleichtert den Gebrauch des Buches.

3. **Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889.** Mit Erläuterungen aus den amtlichen Materialien des Gesetzes, sowie einer Einleitung und einem ausführlichen Sachregister. Herausgegeben von Stephan Hoffmann, Landgerichts-Direktor in Dresden. Leipzig, 1889. Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung. (M. 2,—.)

Von diesem Buche ist dasselbe, wie von dem unter Nr. 2 gedachten Zellerschen Kommentar zu sagen. Die Verlagshandlung zeigt an, daß die nach §§ 171 und 62 d. G. angekündigten Verordnungen des Bundesraths und die Instruktion des Reichskanzlers, sowie die preußischen, bayrischen, sächsischen und württembergischen Ausführungs-Verordnungen alsbald nach ihrer Veröffentlichung in einem besonderen Bande erscheinen werden.

4. **Chemische Homologie und Isomerie in ihrem Einflusse auf Erfindungen aus dem Gebiete der organischen Chemie.** Eine patentrechtliche Studie vom Standpunkte des Chemikers von Dr. Otto N. Witt, Dozent an der kgl. technischen Hochschule zu Berlin. Berlin, 1889. Verlag von Rudolf Mückenberger. (M. 5,—.)

Es dürfte dem Verfasser gelungen sein, die schwierigen chemischen Verhältnisse auch dem weiteren Laienkreise verständlich zu machen. Zu wünschen wäre, daß vom kaiserl. Patentamt der vom Verf. auf S. 18 geäußerte Wunsch berücksichtigt werde. Die Einlieferung der Muster ist für den einzelnen Chemiker eine große Last.

5. **Tokugawa-Gesetzsammlung.** Herausgegeben von Otto Rudorff, Landgerichtsrath, z. Z. in Tokio. Verlag von H. W. Müller in Berlin. Gedruckt bei Takata u. Ko., Kobunsha, Tokio. 1889. (M. 4,—.)

Die vorliegende Sammlung enthält die wesentlichsten Gesetze der Tokugawa, und bietet ein Gesammtbild der Rechtsentwicklung und des Rechtszustandes in Japan während der mehr als 250 jährigen Periode der Tokugawa-Shogun (von 1603 bis 1868). Das Vorwort bringt einen

literarisch-geschichtlichen Ueberblick der bisher veröffentlichten Arbeiten über japanische Gesetzgebung.

6. **Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, (Zweiter Theil) fünftes Buch: Vom Seehandel.** Mit den die Nationalität der Kauffahrteischiffe, sowie deren Flagge und Besatzung betreffenden reichsgesetzlichen Normen. Textausgabe mit erläuternden kurzen Noten unter Berücksichtigung der Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts, mit Verweisung auf die einschlägigen Einführungs- und Reichsgesetze und mit einem Sachregister herausgegeben von Dr. Karl Gareis, o. ö. Prof. d. R. in Königsberg. Nördlingen, 1889. Verlag der C. H. Beck'schen Buchhandlung.

Der Titel giebt den Inhalt dieses wesentlich für den praktischen Gebrauch bestimmten kleinen Buches an. Es ist ein Seitenstück zu der im Jahre 1886 erschienenen Textausgabe des Verf. von dem Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Rassow.

80.

Uebersicht rechtswissenschaftlicher Zeitschriften.

Archiv für die civilistische Praxis. Herausgegeben von Degenkolb, Franklin, Hartmann, Mandry, Professoren der Tübinger Juristenfakultät, und Dr. von Kohlhaas, Präsidenten des K. Oberlandesgerichts zu Stuttgart. Freiburg i. B. 1888 und 1889. Akademische Buchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

73. Band Heft 2 und 3.

Laband, zum zweiten Buch des Entwurfs eines bürgerl. Ges.Buchs für das deutsche Reich. I. Abschnitt. Tit. 1 bis 3.

Kohlhaas, zum Entwurf eines bürgerl. G.B. II. Buch. 2. Abschnitt. 20. Titel. (Schuldverschreibung auf Inhaber.)

Rudloff, Glossen zum Civilgesetz-Entwurf.

Land, die Wirksamkeit eines Geständnisses oder Anerkenntnisses bei Status-Klagen. (Eine Lücke in der C.P.O.).

Rößler, die Folgen der Prozeßverweisung.

Sprengler, Zustellung des Entmündigungsbeschlusses.

Löwenstein I, der Einfluß des Besitzes der verhafteten Sache auf die Verjährung der Forderungsklage. Ein Beitrag zur Interpretation der l. 7 § 5 C. de praescr. 30 vel 40 annor. 7. 39.

Gimmerthal, zur Lehre von den Offizialzinsen im Allgemeinen und über l. 23 de exc. rei jud. insbesondere.

Hartmann, der Civilgesetz-Entwurf, das Aequitätsprinzip und die Richterstellung.

Brühl, die eheliche Nutznießung im Entwurf des bürgerl. Ges.Buches für das deutsche Reich.

Schall, zur Lehre vom Verhältniß von Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen, besonders über den Einfluß theilweiser Unmöglichkeit der Erfüllung auf die Gegenleistung.

Entſcheidungen des Bundesamtes für das Heimathweſen. Bearbeitet und herausgegeben von Wohlers, Geh. Ober-Regierungsrath, Mitglied des Bundesamtes für das Heimathweſen. Berlin 1889. Verlag von Franz Vahlen.

— — Heft XXI, enthaltend die ſeit dem 1. September 1888 bis zum 1. September 1889 ergangenen wichtigeren Entſcheidungen. Mit einem die 21 Hefte umfaſſenden alphabetiſchen Sachregiſter. (Kartonnirt M. 2,—.)

Zeitſchrift für Bergrecht. Redigirt und herausgegeben von Dr. jur. H. Braſſert, Wirkl. Geh. Oberbergrath, Berghauptmann und Oberbergamtsdirektor zu Bonn. Bonn 1888 und 1889. Adolf Markus.

29. Jahrgang. Heft 4.

Zu § 115 des allg. Berggeſetzes vom 24. Juni 1865 und § 3 der C.P.O. Die Kolliſion zwiſchen Bergwerks- und Oberflächeneigenthum, und die Erſatzleiſtung bei Bergſchäden. Von Dr. jur. Andreas Horner, Advokaten in Elbogen.

Sozialpolitiſche Geſetzgebung in Belgien. Mitgetheilt von dem Geh. Juſtizrath Lautz in Bonn.

30. Jahrgang. Heft 1 bis 3.

Die Einführung des Grundbuchweſens in dem Geltungsbereiche des rheiniſchen Rechts. Von dem Gerichtsaſſeſſor Steinbrinck in Bonn.

Zu § 115 des allg. Berggeſetzes vom 24. Juni 1865 und § 3 der C.P.O. Von Dr. jur. Alfons Wolff in Eſſen.

Bemerkungen zu dem Entwurf eines Reichs-Gewerkſchaftsgeſetzes im Eſſener Glückauf. Vom Bergamtsrath und Profeſſor Dr. jur. Wahle in Freiberg i. S.

Bergrecht des Staates Antioquia in Südamerika. Von dem Bergrath Le Hanne in Koblenz.

Die Trabbe. Vom Amtsrichter Henſe in Bochum.

Die Auflöſung der Gewerkſchaft nach preuß. Recht. Von Weſthoff, Rechtsanwalt in Dortmund.

Das Magazinkornweſen des Oberharzer Bergbaues in ſeiner geſchichtlichen Entwicklung und jetzigen Geſtaltung. Von Lahmeyer, Geh. Bergrath in Clausthal.

Ueberſicht über die neuen Beſtimmungen des engliſchen Kohlenbergwerks-Geſetzes von 1887. Von Kaltheuner, Berginſpektor zu Grube Reden bei Saarbrücken.

Liquidation der Gewerkſchaft. Von Weſthoff, Rechtsanwalt in Dortmund.

Ueber die ſogen. „Abfindung wegen Bergſchäden“ im Gebiete des Allg. Landrechts und der Grundbuchgeſetze vom 5. Mai 1872. Von Dr. jur. Alfons Wolff in Eſſen.

Soolquellen und Steinkohlen (Braunkohlen) bei Beuchlitz und Schlettau in der Provinz Sachſen. Von H. Cramer, Geh. Bergrath a. D. in Halle a. S.

Außerdem enthalten ſämmtliche Hefte Mittheilungen über die Berggeſetzgebung und die Entſcheidungen der Gerichtshöfe und Verwaltungsbehörden in Bergſachen, ſowie die Literatur und Ueberſichten.

Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt, Geh. Justizrath, ordentl. Professor der Rechte in Berlin, Dr. Fr. v. Hahn, Kaiserl. Rath am Reichsgericht zu Leipzig, H. Keyßner, Kammergerichtsrath in Berlin, Dr. P. Laband, ordentl. Professor der Rechte in Straßburg, und E. Sachs, Rechtsanwalt beim Reichsgericht in Leipzig. Stuttgart. Verlag von Ferdinand Enke.

XXXV. Band.

I. Abhandlungen.

1. Nach dreißig Jahren. Rück- und Vorschau. Vom Prof. Dr. Goldschmidt.
2. Ueber den rechtlichen Karakter der durch die neuere Entwicklung der Elektrizität hervorgerufenen Verträge und ihr Verhältniß zum preuß. Stempelgesetz vom 7. März 1822. Von Gerichtsassessor Dr. Ludewig in Berlin.
3. Lex Rhodia und Agermanament. Der Schiffsrath. Studie zur Geschichte und Dogmatik des europäischen Seerechts. Von Prof. Dr. Goldschmidt.
4. Das Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters. Von Gerichtsassessor Dr. Viezens in Berlin.
5. Die abstrakte Schadensberechnung des Art. 357 Abs. 3 Handelsgesetzbuchs. Von Landgerichtsrath G. Pfizer in Ulm.
6. Geldgeschäfte und Pfandlingschaft der Buginesen in Kutei. Von Prof. Dr. Kohler in Berlin.
7. Zur juristischen Konstruktion des Kostgeschäfts. Von Dr. Karl Adler in Wien.

II. Rechtsquellen.

In- und ausländische Gesetze u. s. w., darunter:

1. Englisches Markenschutzgesetz vom 23. August 1887.
2. Argentinisches Gesetz über Zettelbanken vom 23. November 1887.
3. Usancen u. dgl., insbesondere Berliner Börsen-Usancen u. s. w., Reglement für den Effektenhandel in St. Petersburg, Regulativ des Polizeipräsidiums in Berlin, betr. die Anstellung und den Geschäftsbetrieb der Messer für gewebte Waaren zu Berlin.
4. Darstellungen der französischen, englischen, italienischen und belgischen Handelsgesetzgebung. Von Dr. F. Mittermaier in Heidelberg.
5. Russisches Lagerhausgesetz vom 30. März (11. April) 1888.
6. Zulassung ausländischer Aktiengesellschaften in Rußland.
7. Auszug aus der Bekanntmachung des Bundesrathes, betr. die Schiffsvermessungsordnung vom 20. Juni 1888.
8. Bayerisches Gesetz, die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen und Forderungen betreffend, vom 18. Dezember 1887.
9. Bremische Gesetze, betr. das Register für Flußschiffe, gesetzliche Pfandrechte an Flußschiffen, Verpfändung von Schiffen, Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in Schiffe u. s. w., Abänderung der Erbe- und Handfestenordnung und des Einf.Ges. zum H.G.B., zusätzliche Bestimmungen zu § 9 des letzteren, die Behörde für die Schiffsregister.
10. Ueberstichten der Gesetze und Verordnungen u. s. w. für das Deutsche Reich und der Deutschen Landesgesetze in den Jahren 1887, 1888, über die Reichsgesetzgebung in Oesterreich in den Jahren 1885—1887.

III. Rechtssprüche.

Rechtsgrundsätze aus 1886, 1887 veröffentlichten handelsrechtlichen Ent-

ſcheidungen deutſcher Gerichte mit Ausſchluß des Reichsgerichts. Von Prof. Dr. H. O. Lehmann in Gießen.

IV. Literariſche Anzeigen.

XXXVI. Band. 1. und 2. Heft.

I. Abhandlungen.

1. Georg Beſeler und Eduard Pape. Von Prof. Dr. Goldſchmidt.
2. Zur rechtlichen Natur der Werthpapiere. Mit Berückſichtigung des Entwurfs eines bürgerl. Geſetzbuchs für das Deutſche Reich. Von Legationsrath Dr. Carlin in Wien.
3. Die Verſicherungsaktie nach dem Aktiengeſetz 1884. Von Juſtizrath Dr. Pemſel in München.
4. Verzinſung aufgerufener Obligationen. Von Rechtsanwalt Dr. Seligſohn in Berlin.
5. Altnordiſche Handelsgeſellſchaften. Von Prof. Dr. Max Pappenheim in Kiel.
6. Die Kreationstheorie und der Entwurf eines bürgerl. Geſetzbuchs für das Deutſche Reich. Von Prof. Dr. Goldſchmidt.

II. Rechtsquellen, darunter:

1. Verhandlungen und Beſchlüſſe des Brüſſeler Kongreſſes für internationales Handelsrecht,
   a) betreffend die ſeerechtliche Sektion von Oberlandesgerichts-Präſident Dr. F. Sieveking in Hamburg,
   b) betreffend das Wechſelrecht von Prof. Dr. Paul Speiſer in Baſel.
2. Ueberſichten der Niederländiſchen Handelsgeſetzgebung in den Jahren 1874 bis 1887. Von Prof. Dr. Molengraaff in Utrecht.
3. Schwediſches Geſetz, betreffend Handelsregiſter, Firma und Prokura vom 13. Juli 1887.
4. Berliner Uſancen.
5. Ordnungen und Handelsgebräuche der Leipziger Börſe nach dem Stande vom 1. Mai 1888.

III. Rechtsſprüche wie im Band 35 und literariſche Anzeigen.

Zeitſchrift für deutſchen Civilprozeß. Begründet von Landgerichtsrath H. Buſch. Herausgegeben von M. Schultzenſtein, Kammergerichtsrath in Berlin, und F. Vierhaus, Oberlandesgerichtsrath in Caſſel. Berlin 1888 und 1889. Carl Heymanns Verlag.

12. Band. Heft 4.

Prozeßrechtliche Erörterungen. Von Prof. Dr. L. Volgiano in München.

Zum Begriff des Civilprozeſſes. Eine kurze Bemerkung von Prof. Dr. A. S. Schultze in Straßburg.

Ueber den Einfluß der Beſeitigung der Pfändungszeichen auf das Pfändungspfandrecht. Zu § 712 Abſ. 2 C.P.O. Von Gerichts-Aſſeſſor Dr. Kroſchel in Kelbra.

13. Band. Heft 1 und 2.

Ueber den Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. Bemerkungen zu den §§ 15 ff. der Konk.O. Von Prof. Dr. Friedrich Oetker in Rostock.

Begriff und Durchführung des Grundsatzes der Mündlichkeit im Civilprozeß. Von Landgerichtsrath Dr. Goldenring in Straßburg i. E.

Das Bestreiten der Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides. Von Gerichts-Assessor E. Lewinsohn in Berlin.

Ueber die Anschlußpfändung. Von Prof. Dr. E. von Schrutka-Rechtenstamm in Wien.

Ueber das Zwischenurtheil in den Fällen der §§ 248 Abs. 2, 276 Abs. 2 der C.P.O. Von Geh. Justizrath Prof. Dr. Fitting in Halle a. S.

Zur Lehre vom Gerichtsstande des Erfüllungsortes. Von Dr. jur. Paul Mayer in Dresden.

Außerdem enthalten die Hefte gerichtliche Entscheidungen und literarische Anzeigen und Besprechungen.

Juristische Wochenschrift. Herausgegeben von S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach, und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I in Berlin. Organ des deutschen Anwalt-Vereins. Verlag: W. Moeser, Hofbuchhandlung. Berlin 1889.

Die bisher erschienenen Nummern des laufenden Jahrgangs enthalten wie früher neben Vereinsnachrichten, Mittheilungen der Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte, Anzeigen über Personalveränderungen in der Rechtsanwaltschaft und literarischen Besprechungen fortlaufende Berichte über die neueren Entscheidungen der Civil- und Strafsenate des Reichsgerichts, einzelne Urtheile des Reichsgerichts und Entscheidungen anderer Gerichte, sowie kleinere Abhandlungen. Von den letzteren sind hervorzuheben:

1. Bericht über den internationalen Kongreß für Handelsrecht, abgehalten in der Zeit vom 30. September bis 6. Oktober 1888 vom Justizrath Mecke in Leipzig.
2. Dienstvertrag und Rechtsanwaltsberuf.
3. Statt Berufung Umgestaltung der Eröffnung des Hauptverfahrens vom Amtsrichter Dr. Simon in Hannover.
4. Der Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs. Sachenrecht.
5. Klage und Einrede im Interventions-Prozesse vom Rechtsanwalt Dr. Staub in Berlin. (Schluß.)
6. Vom 20. deutschen Juristentage.

Archiv für bürgerliches Recht mit Einschluß des Handelsrechts. Herausgegeben von J. Kohler, ord. Prof. d. R. an der Universität Berlin, und V. Ring, Gerichts-Assessor in Berlin. Berlin. Karl Heymanns Verlag.

1. Band. Heft 1 und Schlußheft.

1. Die Geschichte der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen in Deutsch-

land und die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Von Dr. jur. et phil. E. Schwartz, Amtsrichter in Pellworm.
2. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und seine Beurtheiler von V. Ring.
3. Das eheliche Güterrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Von Dr. Otto Bähr.
4. Das Schadensersatzrecht im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Von Dr. Viktor Mataja in Wien.
5. Ueber den Vertrag unter Abwesenden. Von J. Kohler.
6. Die rechtliche Natur der Unterstützungsansprüche aus den Reichsgesetzen über die Kranken- und Unfallversicherung der Arbeiter. Von Dr. Adolf Menzel in Wien.
7. Rechtssätze aus gerichtlichen Entscheidungen. Zusammengestellt von J. Kohler.

2. Band. Heft 1 und 2.

1. Eine Stimme jenseits des atlantischen Ozeans in der Kodifikationsfrage. Von J. Kohler.
2. Die preußische Vorrechtseinräumung und die Aenderung der Rangordnung im neuen deutschen Entwurfe. Von Gerichts-Assessor Dr. Eugen Fuchs in Berlin.
3. Immobiliar-Miethe und -Pacht, im System des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. deutsche Reich. Von Dr. Leonhard Jakobi.
4. Einige Bemerkungen, betr. die Angabe des Rechtsgrundes bei dem Uebereignungsvertrage. Von Gerichts-Assessor Gerson in Duisburg a. Rh.
5. Ist das Pfandrecht des Werkmeisters für Werklohn auch auf die unbewegliche Sache zu erweitern? Von Kreisgerichtsrath Dr. B. Hilse zu Berlin.
6. Das Rechtshülfeverfahren in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zwischen Preußen und den übrigen deutschen Bundesstaaten. Von Gerichts-Assessor Dr. Delius in Bielefeld.
7. Ein weiterer Beitrag zum bürgerlichen Gesetzbuch. Von Dr. Otto Bähr.
8. Zwei Studien zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Von Landgerichtsrath Brettner in Cottbus.
9. Ueber das Konsensualdarlehn. Von J. Kohler.
10. Rechtssätze aus gerichtlichen Entscheidungen. Zusammengestellt von J. Kohler.

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Unter ständiger Mitwirkung der Mitglieder der Wiener juristischen Fakultät herausgegeben von Dr. C. S. Grünhut, ord. Prof. d. R. an der Universität Wien. Wien 1888 und 1889. Alfred Hölder, k. k. Hof- und Universitäts-Buchhändler.

16. Band. Heft 1 bis 4.

1. Legislatives über die Gestaltung des Erbrechts. Mit Rücksicht auf den Entwurf des ungarischen Erbrechts. I. Theil. Von Prof. J. Kohler in Berlin.

2. Die örtliche Herrschaft der Anfechtungsnormen nach österreichischem Recht. Von Prof. Dr. Horaz Krasnopolski in Prag.
3. Ueber die Eideszuschiebung. Mit besonderer Berücksichtigung des Werkes von Dr. Gustav Demelius: „Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozesse. Leipzig 1887.“ Von Prof. Dr. Moritz Fierich in Krakau.
4. Der neue italienische Strafgesetz-Entwurf (Zanardelli) und die exakte Wissenschaft. Kritische Studie von Prof. Dr. Moritz Benedikt in Wien.
5. Zur Erinnerung an Gustav Hugo. Von Prof. Dr. Heinrich Singer in Czernowitz.
6. Beiträge zur Lehre von der Parteivertretung im Strafverfahren. Von Prof. Dr. Franz Storch in Prag.
7. Ueber den Begriff der fungiblen Sachen und die Anwendung desselben bei den verschiedenen Rechtsverhältnissen und Rechtsgeschäften des römischen Rechts. Von Prof. Dr. Karlowa in Heidelberg.
8. Die Geltung des Reichshaftpflichtgesetzes neben dem Unfallversicherungsgesetze. Von Dr. Gerhard Schulze-Gävernitz.
9. Bemerkungen zum ehelichen Güterrecht nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Von Dr. Ludwig Mitteis, Professor in Prag.
10. Ueber das Rechtsverhältniß zwischen Exekutionssucher und Exekutionsorgan in der deutschen C.P.O. Kritik des Beschlusses der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts vom 10. Juni 1886. Von Prof. Dr. E. von Schrutka-Rechtenstamm in Wien.
11. Der Vergleich und der Irrthum bei diesem Vertrage. Ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland. Von Amtsgerichts-Assessor O. Herold in Klingenthal i. S.

Außerdem enthalten die Hefte literarische Anzeigen und Uebersichten.

Zeitschrift für Gerichtsvollzieher. Zweiter und dritter Jahrgang. Herausgegeben von deutschen Rechtsgelehrten und Fachmännern. Berlin 1888 und 1889. Redaktion und Verlag: Siemenroth & Worms.

Aus Nr. 16 des zweiten bis Nr. 15 des dritten Jahrgangs bieten namentlich folgende Aufsätze ein allgemeines Interesse:

Ueber die Vollziehung des Arrestes. Von Amtsrichter Schönfeld. 1888 Nr. 17.

Ueber die Kosten der Zurückschaffung freigegebener Pfandsachen aus dem Pfandlokal. Von Amtsrichter Dr. A. Förster. 1888 Nr. 19.

Die Stellung des Gerichtsvollziehers im Civilprozesse. Von Rechtsanwalt und Professor Dr. Hellmann in München. 1888 Nr. 22. 23. 24.

Die Anschlußpfändung nach Reichsrecht und nach preußischem Landesrecht. Von Amtsrichter Falkmann. 1889 Nr. 1, 3.

Zur Auslegung des § 65 Abs. 1 der preußischen Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher vom 24. Juli 1879. Von Prof. Dr. von Schrutka-Rechtenstamm in Wien. 1889 Nr. 2.

In wiefern ist die an eine nicht prozeßfähige Person erfolgte Zustellung gültig? Von Amtsrichter Voß in Bergen a. R. 1889 Nr. 4.

Das geſetzliche Pfandrecht des Vermiethers und die Pfändungsbeſchränkungen des § 715 C.P.O. Von Amtsrichter Dr. A. Förſter. 1889 Nr. 6.

Hat der Gerichtsvollzieher bei der exekutoriſchen Surrogatzahlung dem Wechſelſchuldner den Wechſel auszuhändigen? Von Prof. Dr. von Schrutka-Rechtenſtamm in Wien. 1889 Nr. 7.

Die Vollſtreckbarkeit des Vollſtreckungsbefehls nach eingelegtem Einſpruch. Von Landg.-Rath Kreis in Bromberg. 1889 Nr. 8, 9.

Die Pfändbarkeit des Trauringes. Von Amtsgerichtsrath Schönfeld in Gneſen. 1889 Nr. 8.

Ueber die vermittelnde Thätigkeit des Gerichtsſchreibers bei Beauftragung des Gerichtsvollziehers nach preußiſchem Recht. Von Amtsrichter Voß. 1889 Nr. 12.

Ueber das Weſen der richterlichen Erlaubniß in den Fällen der §§ 171 und 681 der C.P.O. Von Amtsger.-Rath Schönfeld. 1889 Nr. 13, 14.

Die Zwangsvollſtreckung aus ſchiedsmänniſchen Vergleichen nach preußiſchem Recht. § 32 der Schiedsm.O. v. 29. März 1879. Von Ger.-Aſſeſſor Dr. Delius in Bielefeld. 1889 Nr. 15.

Mecklenburgiſche Zeitſchrift für Rechtspflege und Rechtswiſſenſchaft, herausgegeben von Dr. Johann Friedrich Budde, Oberlandesgerichts-Präſidenten in Roſtock, Ulrich Blanck, Oberſtaatsanwalt daſelbſt, und Dr. Carl Birkmeyer, Prof. der Rechte in München. Wismar, Hinſtorff'ſche Hofbuchhandlung, Verlagsconto.

7. Band, Heft 4.

I. Abhandlungen.
1. Zur Auslegung des § 30 Nr. 5 der revidirten Stadtbuchordnung. Von Landgerichtsrath Altvater in Güſtrow.
2. Das Recht der kirchlichen Baulaſt im Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin. Von Oberlandesgerichtsrath Dr. Buchka.

II. Entſcheidungen der Civilſenate des Oberlandesgerichts in Roſtock.

8. Band, Heft 1—3.

I. Abhandlungen:
1. Die Judikatur des deutſchen Reichsgerichts auf dem Gebiete der Lehre von der Theilnahme im Strafrecht. Kritiſche Studien von Prof. Dr. Birkmeyer.
2. Gehören die Schulzen in den Meckl.-Schwer. Domanial-Dörfern zu den Vollſtreckungsbeamten im Sinne des § 34 Nr. 6 G.V.Geſ.? Von Amtsrichter Huther in Hagenow.

II. Entſcheidungen der Civilſenate und des Straffenats des Oberlandesgerichts in Roſtock.

Außerdem enthalten ſämmtliche Hefte literariſche Anzeigen.

Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt unter Berückſichtigung der Reichsgeſetzgebung und der juriſtiſchen Litteratur, herausgegeben von H. Brückner, Oberlandesgerichtsrath am Thür. Oberlandesgericht zu Jena.



Neue Folge, XV. Band, Heft 2—4.

I. Abhandlungen:

1. Die Vertagungen der Termine in Civilsachen von Landgerichtsrath Ewald in Gotha.
2. Ueber die Voraussetzungen und die Form der Adoption und der Arrogation (mit Berücksichtigung des Weimarischen Landesrechtes) von Oberamtsrichter Dr. Ratenbacher in Gerstungen.
3. Zur Entscheidung des Strafsenats des gemeinsch. Thüring. Oberl.-Gerichts in Jena in Betreff der Auslegung der Novelle vom 1. Juli 1883 zur Deutsch. Gewerbe-O.
4. Einiges aus dem Ehescheidungsrechte, mit Berücksichtigung des Meiningischen Partikularrechts von Geh. Justizrath Cronacher in Meiningen.
5. Ist der wegen Markenschutz- sowie wegen Patentverletzung gestellte Strafantrag zurücknehmbar? Von Landgerichtsrath Dr. Ortloff in Weimar.
6. Unzulässigkeit der Einrede der Theilung von Seiten Eines von mehreren Konstupratoren nach altenburgischem Landrecht — ein Rechtsfall mitgetheilt von Gerichtsassessor Dr. E. Ulrich in Roda.
7. Der Entwurf eines b. Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich, besprochen vom Herausgeber.
8. Parochiallast oder Reallast? actio confessoria utilis. Von Amtsrichter Dr. Ratz in Eisenach.
9. Die Präsentation des Wechsels zur Zahlung (Schluß zu Heft 1). Von Landgerichtsrath Dr. Ortloff in Weimar.

II. Entscheidungen der Civilsenate und des Strafsenats des gem. Thüring. Oberlandesgerichts in Jena und zwei Rechtsfälle aus der amtsgerichtlichen Praxis.

III. Uebersicht über die Ergebnisse der bei dem Oberlandesgericht zu Jena v. 1. Juli 1886 — 31. Dezember 1887 abgehaltenen juristischen Prüfungen.

IV. Literarische Ueberschau.

V. Register zu Neue Folge, Bd. I—XV.

Bayrische Notariats-Zeitung und Zeitschrift für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern, herausgegeben vom Justizrath Dr. jur. Friedrich Weber, k. Notar in Würzburg, unter ständiger Mitwirkung des k. k. Landgerichtsraths Wilhelm Henle in München. Druck und Verlag der C. H. Beck'schen Buchhandlung in Nördlingen.

Wenn auch der Zweck dieser Zeitschrift in erster Linie dahin geht, die Anwendung des bayerischen Rechts, namentlich bei Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu fördern, so enthält dieselbe doch eine Reihe von Aufsätzen, welche das Interesse aller deutschen Juristen in Anspruch nehmen. Diese werden wir, beginnend mit dem Jahre 1889 (26. Jahrgang), von jetzt ab in der Uebersicht der Zeitschriften angeben.

Die Schuldfrage in Disziplinarsachen gegen Notare bei den Berufungsgerichten ist mit 3 gegen 2 Stimmen nicht bejaht. Nr. 1, 2.

Das eheliche Güterrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Nr. 3.

Der Eigenthumsvorbehalt zur Sicherung einer Forderung nach der Novelle zur Subhaſtations-Ordnung. Von Kruppel, k. Notar. Nr. 4.

Das Auseinanderſetzungsverfahren im Entwurf eines bürgerlichen Geſetzbuches. Nr. 5 u. 6.

Die Korrealhypothek in ihrem Verhältniſſe zum geringſten zuläſſigen Gebote und zum Zuſchlag im Zwangsverſteigerungsverfahren. Von Throner, k. Notar. Nr. 5 u. 6.

Allgemeine öſterreichiſche Gerichtszeitung. Verantwortlicher Redakteur Dr. Nowak. Wien 1888 und 1889. Verlag der Manzſchen k. k. Hof-, Verlags- und Univerſitäts-Buchhandlung.

Von den Abhandlungen bieten für unſern Leſerkreis vorzugsweiſe Intereſſe:

39. Jahrgang (N. F. 25. Jahrgang).

Zur Lehre von dem freien Ermeſſen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuſtändigkeit der Verwaltungsgerichte. Von Dr. Friedrich Tezner. Nr. 29. 30. 31. 34. 35. 36. 39. 40. 43. 44. 45.

Die Naturalobligationen des öſterreichiſchen Rechts. Von Dr. Joſeph Unger. Nr. 32.

Zur Anwendung der Strafprozeßordnung. Nr. 33. 41. 48.

Fragmente aus einem Syſtem des öſterr. Obligationenrechts. Von Dr. Joſeph Unger. Nr. 37. 42. 46.

Ueber die Tabularerſitzung und ihre heutige Geltung. Nr. 47.

Die rechtliche Bedeutung des Gutsbeſtandsblattes und der Mappe. Von Dr. A. Pitreich, k. k. Gerichtsadjunkt. Nr. 49. 50. 51.

40. Jahrgang (N. F. 26. Jahrgang) Nr. 1 bis 25.

Zur Anwendung der Strafprozeßordnung. Nr. 1. 9. 11. 18. 24.

Die Behandlung des „objektiv ungefährlichen“ Verſuches nach öſterreichiſchem Strafrecht. Von Prof. Lammaſch in Innsbruck. Nr. 2.

Das belgiſche Geſetz vom 31. Mai 1888 über die bedingte Freilaſſung und die bedingte Verurtheilung. Von Dr. Auguſt Brunner, k. k. Bezirksrichter in Tamsweg. Nr. 3. 4. 5.

Unwirkſamerklärung einer Pfandrechtseinverleibung und deren Behandlung bei der Meiſtbotvertheilung. Von Dr. R. Nowak. Nr. 6. 13.

Die Verhängung der Haft nach Verkündung des Urtheils. Von Alfred Amſchl, k. k. Gerichtsadjunkt. Nr. 8.

Behandlung ſiegreicher Anfechtungsanſprüche bei der Meiſtbotvertheilung. Von Dr. A. Gertſcher. Nr. 10.

Unwirkſamerklärung einer Pfandrechtseinverleibung und deren Behandlung bei der Meiſtbotvertheilung. Von Dr. Joſeph R. Kliment in Prag. Nr. 10.

Zum Begriffe des „zugefügten Schadens“ nach § 1 d. Geſ. v. 25. Mai 1883. Von Dr. J. Kavcic, k. k. Staatsanwalts-Subſtitut. Nr. 12.

Ueber die Wirkung des erhobenen Einſpruchs gegen eine Strafverfügung. Nr. 15.

Zum § 3 der Exekutionsnovelle. Von Anton Fraß, k. k. Gerichtsadjunkt. Nr. 16. 17.

Das Verbrechen der Entführung. Nr. 19.
Beleidigungen und ihr Forum. Von F. von Gernerth. Nr. 23.
Zur Legalisirung von Unterschriften. Von Dr. R. Nowak. Nr. 25.

Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft. Herausgegeben von Dr. Franz v. Liszt, ord. Prof. d. R. in Marburg, Dr. Karl v. Lilienthal, ord. Prof. d. R. in Zürich, und Dr. H. Bennecke, ord. Prof. d. R. in Gießen. Berlin und Leipzig 1888 und 1889. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). Wien. Manzsche k. k. Hofverlags- und Universitäts-Buchhandlung.

Band 8. Heft 6.

Ueber Handeln und Handlungseinheit, als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe von Paul Bünger, Landrichter in Schneidemühl.
Erhebung und Verarbeitung kriminalistischer Daten von Dr. Würzburger.
Einige Bemerkungen über den französischen Inquisitionsprozeß des 13. Jahrhunderts von Prof. Zucker.

Band 9. Heft 1 bis 5.

Vorverfahren und Hauptverfahren. Von Prof. von Kries in Kiel.
Ueberblick über die geschichtliche Entwickelung des norwegischen Strafprozesses und seine Reform. Von Dr. Francis Hagerup, ord. öff. Prof. an der Universität Christiania.
Der Hypnotismus und seine strafrechtliche Bedeutung. Von Dr. August Forel, Prof. der Psychiatrie und Direktor der Irrenanstalt in Zürich.
Eine Wendung im objektiven Prozeßverfahren. Vom Oberlandesgerichtsrath F. Gernerth in Wien.
Einige ältere Leipziger Schöppensprüche in Strafsachen und Aehnliches. Mitgetheilt vom Archivrath Dr. jur. Theob. Distel in Dresden.
Zur Frage der rechtlichen Konstruktion der Kriminalverjährung nach heutigem Recht. Von Prof. Dr. von Risch in Würzburg.
Einige Bemerkungen über Norm und Strafgesetz. Von Prof. Zucker in Prag.
Die Arbeiten des internationalen Kongresses für Gefängnißwesen zu Rom im Jahre 1885. Von Dr. Paul Köhne, Gerichts-Assessor.
Die strafprozessuale Privilegirung gesetzgebender Versammlungen. Von Prof. Dr. Jakob Weismann in Greifswald.
Ueber Zwecke und Mittel der Strafe. Von Prof. Lammasch in Innsbruck.
Kriminalpolitische Aufgaben. Von Prof. Dr. von Liszt in Marburg.
Zur Kausalitätsfrage. Von weiland Prof. Dr. Janka in Prag.
Franz v. Holtzendorff †. Ein Nachruf von Dr. Kleinfeller in München.
Ueber die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht. Von Prof. J. von Kries in Freiburg i. B.
Das Recht der Ausweisung. Von Prof. A. von Orelli in Zürich.
Die Judikatur des obersten Gerichtshofes in Ungarn seit dem Inslebentreten der neuen Strafgesetzbücher. Von Dr. Isidor Baumgarten, Vizestaatsanwalt in Budapest.

Außerdem enthalten die meiſten Hefte Literaturberichte und eine Ueberſchau über die Geſetzgebung und Strafrechtswiſſenſchaft im Auslande.

Archiv für Strafrecht. Begründet durch Dr. Goltdammer, Königl. Ober-Tribunalsrath. Fortgeſetzt vom Reichsgerichtsrath Mewes in Leipzig. Berlin 1888. R. v. Decker's Verlag. G. Schenck, Königl. Hofbuchhändler.

Band 36. Heft 1 bis 6.

Sind im § 137 St.G.B. unter „Sachen" auch Forderungen zu verſtehen? Von Dr. Wyszomirski.

Einige ſtrafprozeſſuale Gedanken. Von Prof. Dr. S. Mayer.

Einfluß der Kranken- und der Unfallverſicherung auf das Recht auf Bußeforderung. Von Dr. B. Hilſe.

Zu § 64 der Gebühren-Ordn. für Rechtsanwälte. Von Oberlandesgerichtsrath Haſſenſtein.

Vorverfahren und Hauptverfahren in Beziehung auf die Vertheidigungsgebühren. Von Oberlandesgerichtsrath Haſſenſtein.

Zur Lehre vom untauglichen Verſuch. Von Staatsanwalt Havenſtein.

Zur Lehre von der ſtrafbaren Vorbereitungshandlung und dem ſtrafbaren Verſuch. Von Prof. Dr. Roſenblatt.

Schuld des Vertheidigers als unabwendbarer Zufall. Von Landgerichtsrath Ewald.

Vermiſchte Mittheilungen. Von Prof. Dr. S. Mayer.

Zum fränkiſchen Recht des deutſchen Königs. Von Freiherr v. Borch.

Das Urtheil im deutſchen Strafverfahren. Von Reichsgerichtsrath Mewes.

Die Bedeutung des Wortes „Vorverfahren" in der Strafprozeß-Ordn. und in der Gebühren-Ordn. für Rechtsanwälte. Von Dr. Kronecker.

Ergänzungsfrage zu der Frage von der Rechtsbelehrung im Schwurgericht. Von Landgerichtsrath Facilides.

Kritik des Entwurfs eines Strafgeſetzbuchs für Rußland. Von Prof. Dr. Th. B. Schütze.

Ueber „groben Unfug". Von Amtsrichter Fritz Frank.

Einfluß der öffentlich rechtlichen Kranken- und Unfallverſicherung auf die Beſchäftigungsart der Strafgefangenen. Von Dr. B. Hilſe.

Das Zeugniß von Hörenſagen im deutſchen Strafprozeſſe. Von Aſſeſſor Dr. Muskat.

Die Oeffentlichkeit des Verfahrens vor Gericht. Von Rechtsanwalt Dr. Fuld.

Aus der Strafrechtspraxis. Zum Thatbeſtand von Unterſchlagung und Untreue. Von Dr. H. A.

Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Verſuch. Von Prof. Zucker.

Studien über das Weſen und den Thatbeſtand des einfachen Bankeruts. Von Reichsgerichtsrath Mewes.

Die Straffälligkeit der Gewerbtreibenden wegen unbefugter Führung des Meiſter-Prädikats. Von Dr. B. Hilſe.

Vom Urheber des verbrecheriſchen Erfolges. Von Prof. Dr. Bruck.

Tauglicher und untauglicher Verſuch. Von Amtsrichter Huther.

Band 37. Heft 1.

Herausgegeben von Reichsgerichtsrath Mewes in Leipzig, Dalcke, Oberstaatsanwalt in Königsberg, und Mugdan, Amtsrichter in Berlin.

Der Entwurf einer Strafprozeßordnung für Ungarn. Von Prof. Dr. S. Mayer in Wien.

Die neuen Entdeckungen auf dem Gebiete der kriminalen Anthropologie im Jahre 1887. Von Prof. C. Lombroso in Turin.

Außerdem enthalten sämmtliche Hefte Mittheilungen aus der Praxis und Literaturangaben.

Wilhelm Gronau's Buchdruckerei, Berlin W.

Beiträge

zur

Erläuterung des Deutschen Rechts,

in besonderer Beziehung auf das Preußische Recht

mit Einschluß

des Handels- und Wechselrechts.

Begründet von Dr. J. A. Gruchot.

Herausgegeben von

Rassow, Reichsgerichtsrath.

und

Küntzel, Geheimer Ober-Justizrath u. vortrag. Rath im Königl. preuß. Justizministerium.

Vierte Folge.

Dritter Jahrgang. — 1889.

(Der ganzen Reihe der Beiträge XXXIII. Jahrgang.)

Beilageheft.



Berlin, 1889.

Verlag von Franz Vahlen

W. Mohrenstraße 13/14.

Inhalt.



Aus der Praxis.

Einzelne Rechtsfälle.

Nr. 37.

1. Unter welchen Umständen wird eine Sache, welche ein Miteigenthümer mit einem Grundstück verbunden hat, Zubehör derselben?

A.L.R. I. 2 § 108.

2. Kann der Hypothekengläubiger schon der Pfändung von Mobilien, welche zu dem Pfandgrundstück gehören, oder nur dem Zwangsverkauf derselben widersprechen?

Ges. v. 13. Juli 1883 § 206. C.P.O. § 690 Abs. 3.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 16. März 1889 in Sachen H., Beklagten, wider F., Klägerin. V. 345/88.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Naumburg ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Der Beklagte hat am 27. Juni und im Juli 1887 wegen einer rechtskräftigen Forderung von 3568 M. 50 Pf. neue auf dem Fabrikgrundstück seines Schuldners L. und dessen Ehefrau in Nordhausen befindliche, dem L. gehörige Maschinen pfänden lassen. Die Klägerin, welcher an demselben Grundstück eine Hypothek von 13000 M., eingetragen am 27. April 1887, zusteht, hat die Aufhebung der Zwangsvollstreckung beantragt, indem sie behauptet, daß die gepfändeten Maschinen durch Vermauerung und Verzimmerung mit dem gedachten Grundstück verbunden, demnach Zubehör desselben seien, folglich für ihre Hypothek verhaftet seien.

Der Beklagte hat die Zubehöreigenschaft der gepfändeten Maschinen bestritten und die Hypothek der Klägerin auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 angefochten, weil Klägerin eine Schwägerin des Schuldners L. sei und sich die Hypothek erst nach eingetretenem Vermögensverfall des L. und in Kenntniß der Benachtheiligung seiner anderen Gläubiger habe bestellen lassen. Er hat widerklagend beantragt, festzustellen, daß die Hypothek der Kägerin

an dem ideellen Grundstücksantheil des L. gegenüber dem Beklagten wegen dessen nacheingetragenen Judikatforderungen von 3568 M. 50 Pf. und ferneren 1322 M. 60 Pf. nebst Zinsen unwirksam sei, sowie die Klägerin zu verurtheilen, zu gestatten, daß diese Forderungen des Beklagten bei der Zwangsvollstreckung in den gedachten Grundstücksantheil vor der klägerischen Hypothek zur Hebung kommen sollten.

Die Klägerin hat Abweisung der Widerklage beantragt, indem sie unter näherer Darlegung des Hergangs bestreitet, die Verschuldung des L. gekannt zu haben.

Nach stattgehabter Beweiserhebung hat der erste Richter den Beklagten nach dem Klageantrage verurtheilt und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten ist zurückgewiesen worden.

Entscheidungsgründe:

Der Berufungsrichter hat auf Grund der Verwendung und der Befestigungsart der gepfändeten Maschinen angenommen, daß sie Zubehör des Fabrikgrundstücks seien. Wenn der Beklagte hiergegen einwendet, daß auf jener Grundlage höchstens die Eigenschaft der Maschinen als Zubehör der Fabrik, nicht des Grundstücks, angenommen werden dürfe, so scheitert dieser Einwand an der Thatsache, daß der Berufungsrichter zugleich festgestellt hat, daß das Grundstück ein Fabrikgrundstück war, daß also Fabrik und Grundstück zusammengehörten, woraus folgt, daß die zum Betriebe der Fabrik bestimmten Geräthschaften, soweit sie nach §§ 42, 93 A.L.R. I. 2 zu den Pertinenzstücken der Fabrik gehören, Pertinenzen des (Fabrik-) Grundstücks darstellen.

Gegen die Annahme solcher Zubehörseigenschaft kann auch daraus kein Einwand entnommen werden, daß die Maschinen dem L. allein gehört haben und das Fabrikgrundstück im Miteigenthum der Eheleute L. steht. Daß der Miteigenthümer berechtigt ist, Sachen, welche ihm allein gehören, zu Pertinenzen einer im Miteigenthum stehenden Hauptsache zu machen, ist nicht zu bezweifeln. Daraus folgt freilich nicht, daß allemal, wenn durch den Miteigenthümer eine Verbindung hergestellt wird, welche die Auffassung der einen Sache als Zubehör der andern, der äußeren Erscheinung nach, ermöglicht, auch ohne Rücksicht auf die Absicht des Miteigenthümers, also auch dann, wenn er nicht beabsichtigte, sein Alleineigenthum an der einen Sache aufzugeben, die Entstehung eines Pertinenzverhältnisses angenommen werden müßte. Allein wenn der Berufungsrichter nach

Erörterung der Berechtigung des Miteigenthümers, sein Alleineigenthum zur Pertinenz der gemeinschaftlichen Sache zu machen, fortfährt: daraus folge, daß im vorliegenden Fall die Voraussetzung des § 108 A.L.R. I. 2 nicht gegeben sei — nämlich die Voraussetzung der Verhinderung einer Pertinenzeigenschaft, daß die beiden Sachen verschiedenen Eigenthümern gehören — so muß dies dahin verstanden werden, daß vorliegenden Falls der L. von jener Berechtigung Gebrauch gemacht, also die Herbeiführung eines Pertinenzverhältnisses gewollt und damit jenes Hinderniß, durch Aufgebung seines Alleineigenthums an den eingebrachten Maschinen, hinweggeräumt habe.

Einen ferneren Angriff richtet der Beklagte dagegen, daß der Berufungsrichter die dem Antrage der Klägerin entsprechend vom ersten Richter erkannte Aufhebung der Pfändung der Maschinen für gerechtfertigt erklärt hat. Der Beklagte meint, dies gehe über das Interesse der Klägerin hinaus, deren Immobiliarpfandrecht nicht schon durch die in die Pertinenzen des Immobile vollstreckte Pfändung, sondern erst durch die Veräußerung der Pertinenzen und deren räumliche Trennung vom Grundstück (§ 30 des Eigenthums-Erwerbsgesetzes) verletzt werde; während andererseits er, Beklagter, daran interessirt sei, das durch die Pfändung gewonnene Pfandrecht und dessen Priorität gegenüber möglichen späteren Pfändungspfandrechten zu behalten. Die Klägerin könne deshalb nur verlangen, daß der *Verkauf* der gepfändeten Maschinen unterbleibe. Daß der Immobiliarpfandgläubiger, je nachdem er einer Mobiliarpfändung von Pertinenzen widerspricht oder sie gestattet, es in der Hand hat, unter mehreren persönlichen Gläubigern des Besitzers des Pfandgrundstücks den einen vor dem andern zu begünstigen, ist ein Uebelstand, und es kann ferner zugegeben werden, daß, *wenn* einmal die Mobiliarpfändung stattgefunden hat, das Interesse des Hypothekengläubigers nicht mit Nothwendigkeit die Wiederaufhebung auch des dadurch entstandenen Pfändungspfandrechts zu fordern scheint. Andererseits hatte aber der Gesetzgeber zu berücksichtigen, daß bei dem regelmäßigen Zusammenfallen der Pfändung und der Entfernung der gepfändeten Sachen in einen Akt und schon durch die mit der Pfändung verbundene Inbesitznahme der gepfändeten Gegenstände durch den Gerichtsvollzieher, eine Zulassung solcher Pfändung das Recht des Hypothekengläubigers in unstatthafter Weise gefährden würde, und daß darum auch kein Grund vorlag, solche Mobiliarpfändungen günstiger zu stellen, wenn der pfändende Gläubiger es verstanden

hatte, ihre Vornahme einstweilen vor dem Hypothekengläubiger zu verbergen. Jedenfalls hat der Gesetzgeber das Recht des Hypothekengläubigers gegenüber stattgehabten Mobiliarpfändungen an Gegenständen des Immobiliarpfandrechts nicht darauf beschränkt, die Einstellung der Zwangsvollstreckung fordern zu dürfen, sondern auf den Umfang der in § 690 der C.P.O. behandelten Rechte Dritter auf Nichtveräußerung des zur Zwangsvollstreckung gezogenen Gegenstandes ausgedehnt (§ 206 Abs. 2 des Gesetzes vom 13. Juli 1883), und diese Rechte erstrecken sich nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (§ 690 Abs. 3, § 688 C.P.O.) auf den Anspruch, daß die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln wieder aufgehoben werden.

Nr. 38.

Kann eine Ehefrau, welche im Einverständniß mit ihrem Manne auf Grund erdichteter Angaben die Scheidung der Ehe und die Verurtheilung des Mannes für den schuldigen Theil erschlichen hat, von demselben Verpflegungsgelder, auf welche sie vor der Scheidung verzichtet hat, beanspruchen?

A.L.R. I. 3 § 26.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 4. April 1889 in Sachen G., Klägerin, wider G., Beklagten. IV. 8/89.)

Die Revision der Klägerin wider das Urtheil des preuß. Kammergerichts ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Durch erstinstanzliches Theilurtheil ist der Beklagte für schuldig erklärt, der Klägerin vom 30. September 1887 ab bis an ihr Lebensende monatlich 40 M. an Alimenten zu zahlen. Auf die Berufung des Beklagten hat der zweite Richter abändernd die Klägerin mit diesem ihr zuerkannten Anspruche abgewiesen. Gegen letzteres Urtheil hat Klägerin die Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Durch rechtskräftiges Urtheil vom 11. März 1880 ist die Ehe der Parteien wegen böslicher Verlassung auf Seite des Beklagten getrennt und letzterer für den allein schuldigen Theil erklärt worden. Gestützt auf dieses Urtheil hat die Klägerin von dem Beklagten die Gewährung lebenslänglichen Unterhalts verlangt, der Beklagte aber den Anspruch mit dem Einwande bestritten, daß das Urtheil von der Klägerin erschlichen sei, der geltend gemachte Scheidungsgrund nicht

vorgelegen und er nur auf den Wunsch der Klägerin, welche ihrerseits allen Unterstützungsansprüchen an ihn entsagt, gegen die Klage keine Einwendungen erhoben habe.

Der Berufungsrichter hat das Thatvorbringen des Beklagten für erwiesen erachtet und festgestellt,

daß Parteien unter dem Versprechen der Klägerin, daß sie Unterstützungsansprüche gegen den Beklagten nicht erheben werde, übereingekommen seien, die Trennung ihrer Ehe auf Grund der Aufstellung, daß der Beklagte sich der böslichen Verlassung schuldig gemacht habe, zu betreiben, obgleich dieser Scheidungsgrund in Wirklichkeit nicht bestanden habe, Parteien vielmehr darüber einig und entschlossen gewesen seien, die eheliche Gemeinschaft nicht fortzusetzen,

daß dem Abkommen gemäß die Klage wegen böslicher Verlassung angestellt und der Beklagte gegen dieselbe Einwendungen nicht erhoben habe, und

daß auf Grund des vorgeschützten und von dem Richter als erwiesen angenommenen Scheidungsgrundes die Ehe der Parteien getrennt und der Beklagte für den allein schuldigen Theil erklärt worden sei.

Nach der Annahme des Berufungsrichters ist bei dieser Sachlage das Klageverlangen unbegründet, weil die Klägerin arglistig handle, wenn sie aus dem Ehescheidungsurtheile, welches nur durch die Konnivenz des Beklagten in einem ihr günstigen Sinne ergangen, im Widerspruche mit ihrer früheren Erklärung Vermögensvortheile für sich in Anspruch nehme.

Gegen diesen Entscheidungsgrund wendet sich die Revision mit der Ausführung, daß der Beklagte dem rechtskräftigen Urtheile gegenüber sich auf ein arglistiges Verhalten der Klägerin nicht mit Erfolg berufen könne. Der Angriff muß versagen.

Die Richtigkeit der festgestellten Thatsachen vorausgesetzt, haben Parteien sich zu einer Täuschung des Richters zum Zwecke der Herbeiführung der Trennung ihrer Ehe vereinigt und diesen Zweck durch die verübte Täuschung erreicht. Dieselben sind sonach Theilnehmer an einer unerlaubten und gesetzwidrigen Handlung. Denn als solche karakterisirt sich das Unternehmen, durch Vorbringen unwahrer oder Unterdrücken oder Verschweigen wahrer Thatsachen den Richter in den Irrthum zu versetzen, daß eine die Ehetrennung begründende Ursache, wie sie behauptet wird, vorliegt, während in Wirklichkeit

eine solche nicht vorhanden ist, und in dieser Weise den Richter zu bestimmen, auf Grund fingirter Thatsachen die Trennung der Ehe und den Eintritt der sich aus der Ehetrennung ergebenden gesetzlichen Folgen durch Urtheil auszusprechen. Nach § 36 A.L.R. I. 3 entstehen aber unter den Theilnehmern an einer gesetzwidrigen Handlung daraus weder Rechte noch Pflichten. Das ergangene Urtheil ist lediglich als ein Produkt des gesetzwidrigen Handelns der Parteien aufzufassen, und folglich kann nach der vorallegirten Gesetzesvorschrift die Klägerin aus diesem Urtheile und dem durch dasselbe für sie begründeten formellen Titel zu dem Anspruche auf Abfindung oder lebenslänglichen Unterhalt Rechte gegen den Beklagten nicht herleiten. — Bei dieser Rechtslage kann der von der Klägerin erklärte Verzicht auf künftige Unterstützung nicht weiter in Betracht kommen. Es ist aber dem Berufungsrichter darin beizutreten, daß auch dieser Verzicht, obgleich derselbe als Theil des gesetzwidrigen Abkommens an sich der Rechtsverbindlichkeit entbehrt, dem Klageanspruche entgegensteht; denn die Klägerin handelt arglistig, wenn sie, nachdem sie das fragliche Abkommen getroffen und allen Unterstützungsansprüchen an den Beklagten entsagt hat, aus dem Ehescheidungsurtheile, welches nur in Folge des dem Abkommen entsprechenden Verhaltens des Beklagten in einem ihr günstigen Sinne ergangen ist, im Widerspruche mit ihrer früheren Erklärung Vermögensvortheile für sich in Anspruch nimmt.

Daß das ergangene Urtheil, obgleich der geltend gemachte und festgestellte Scheidungsgrund in Wirklichkeit nicht vorhanden war, insoweit, als durch dasselbe die Trennung der Ehe ausgesprochen ist, in seinen Wirkungen rechtlichen Bestand behält, ist für die gegenwärtige Beurtheilung ohne Belang. Hier handelt es sich allein darum, ob die Klägerin aus dem erschlichenen Urtheile Vermögensrechte gegen den Beklagten herzuleiten befugt ist, und diese Frage ist verneinend zu beantworten. (Die weiteren Gründe interessiren nicht.)

Nr. 39.

Auslegung des A.L.R. I. 4 § 27. Ist neben dem Beweise einer Bereicherung des handlungsfähigen Kontrahenten noch der weitere Beweis des Blödsinns des anderen Kontrahenten erforderlich? Ist der Gegenbeweis zulässig, daß der später unter Vormundschaft gestellte Kontrahent zur Zeit des Vertragsschlusses geistig gesund war? Giebt es beim Blödsinn lichte Zwischenräume?

A.L.R. I. 4 §§ 24, 25.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 21. Juni 1889 in Sachen B. und Gen., Kläger, wider Sch. u. Gen., Beklagte. V. 84/89.)

Auf die Revision der Kläger ist das Theilurtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Hamm aufgehoben, und die Sache in die zweite Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe:

Unter den Parteien besteht Einverständniß darüber, daß der in Abtheilung III. des Grundbuchs unter Nr. 9 b eingetragene Theil des Kaufgelderrückstands zum Betrage von 12 173,60 M. nebst Zinsen der Beklagten und Widerklägerin gebührt, wenn die von dem Ehemanne der letzteren am 6. April 1881 dem Peter B. ertheilte Zession der Hypotheken Nr. 2 und 3 unwirksam ist.

Die Beklagte ficht nämlich diese Abtretung an, 1) weil ihr Mann, welcher durch amtsgerichtlichen Beschluß vom 10. Juni 1882 für geisteskrank (blödsinnig) erklärt ist, bereits bei Abschluß des Zessionsvertrages im März 1881 blödsinnig gewesen sei; 2) eventuell unter Berufung auf die Vermuthung des § 27 A.L.R. I. 4, weil derselbe durch P. B. zu jenem Abschlusse betrüglich verleitet worden sei. Während der erste Richter aus den Ergebnissen der Beweisaufnahme zu der Ueberzeugung gekommen ist, daß dem Ehemann der Beklagten bei der Zession das Vermögen, mit Vernunft und Ueberlegung zu handeln (A.L.R. I. 4 § 3), gefehlt habe, und die Zession für nichtig erklärt hat: nimmt das Berufungsgericht zwar an, daß derselbe bereits im März 1881 blödsinnig gewesen sei, es nimmt aber nicht an, daß derselbe bei dem Zessionsakte selbst die erforderliche Einsicht in dessen Bedeutung und Folgen nicht gehabt habe. Doch gelangt das Berufungsgericht aus dem zweiten Anfechtungsgrunde zu der gleichen Entscheidung, indem es die Voraussetzungen des § 27 A.L.R. I. 4 für vorliegend erachtet. Dazu rechnet es auch den Nachweis des Blödsinnes, welchen es für geführt hält. Ebenso erachtet es auch für dargethan, daß B. sich durch die Zession mit dem Schaden des Zedenten Sch. zu bereichern gesucht habe. Es entnimmt dies aus dem Mißverhältnisse der Valuta zu dem Betrage der zedirten Forderungen, ja selbst schon zu der Post Nr. 2 von 19 500 M. allein, und zwar auch dann, wenn nur die bei der Subhastation zur Hebung gekommene Summe der streitigen Masse in Rechnung gebracht und nicht einmal berücksichtigt wird, daß dem B., wie mit dem ersten Richter anzunehmen, die Prioritätseinräumung seitens des

Hugo B. mit seiner Post Nr. 1 bekannt gewesen sei. Das Berufungsgericht läßt hiernach die Vermuthung, B. habe betrügerisch gehandelt, gelten. Es hält dagegen den von den Klägern zur Entkräftung dieser Vermuthung angetretenen Gegenbeweis nicht für geführt.

Die Ausführung des Berufungsgerichts leidet an einem Widerspruche, für dessen Aufklärung man in dem Vorderurtheile vergebens nach Gründen sucht. Es heißt in demselben: „Wenn nun auch nach dem vorliegenden, namentlich dem gutachtlichen Beweisergebniß, nicht bezweifelt werden kann, daß Sch. im März 1881 bereits blödsinnig gewesen, so kann doch nach dem Inhalte der Zessions-Korrespondenz nicht angenommen werden, daß ihm bei dem Zessionsakte selbst und bei dem Lesen und Schreiben der bezüglichen Briefe die erforderliche Einsicht in die Bedeutung und Folgen desselben gehabt — soll heißen: gefehlt — habe. Und später wird gesagt: „Was hingegen schließlich die Anwendung des § 27 A.L.R. I. 4 angeht, so liegen dessen Voraussetzungen offenbar vor. Denn wenn auch — wie das Berufungsgericht annimmt — der Beweis des Blödsinns auch hier geführt werden muß, so genügt doch nach dem Obengesagten der Nachweis, daß Sch. um diejenige Zeit, in welche der streitige Zessionsakt fällt, blödsinnig war, was nach dem Obigen für dargethan zu erachten ist." Vergleicht man mit der ersteren Feststellung die gesetzliche Begriffsbestimmung im § 28 A.L.R. I. 1, nach welcher Menschen, welchen das Vermögen, die Folgen ihrer Handlungen zu überlegen, ermangelt, blödsinnig genannt werden, so ist es nicht zu verstehen, daß Sch. unzweifelhaft blödsinnig gewesen sein und gleichzeitig die erforderliche Einsicht in die Bedeutung und Folgen des von ihm vorgenommenen Zessionsaktes gehabt haben soll. Entweder hat Sch. diese Einsicht gehabt und dann war er nicht blödsinnig, oder diese Einsicht hat ihm gefehlt und dann war er blödsinnig. Der Hinweis auf Dernburg, Bd. I. § 75 läßt allerdings vermuthen, das Berufungsgericht nehme mit demselben an, daß es nach Grad und Umfang verschiedene Abstufungen des Blödsinnes gebe; für eine derartige Unterscheidung bietet das Gesetz aber keinen Anhalt. Auch kann bei einem Blödsinnigen von lichten Zwischenräumen nicht die Rede sein; denn die Bestimmungen darüber in den §§ 24, 25 A.L.R. I. 4 beziehen sich nur auf Rasende und Wahnsinnige. Der Zustand des Blödsinnigen wird als ein ununterbrochen fortdauernder gedacht. (Vgl. Koch's Kommentar zum A.L.R. 8. Auflage Bd. 1 Anm. 42a zu

§ 24 I. 4.) — Die Begründung des Berufungsurtheils ist hiernach insofern eine ungenügende, als sie nicht erkennen läßt, ob die Feststellung dahin getroffen werden soll, Sch. sei bei der Zession blödsinnig oder nicht blödsinnig gewesen.

Das Vorderurtheil wird auch nicht durch die Anwendung des § 27 A.L.R. I. 4 gehalten, selbst wenn man, der Ansicht des Berufungsgerichts entgegen, davon ausgeht, der Beweis des Blödsinnes gehöre nicht zu den Voraussetzungen dieser Bestimmung.

Der Sinn des § 27 a. a. O. ist dunkel. Diese Vorschrift wird am wenigsten dadurch aufgehellt, daß mit Dernburg (a. a. O.), Förster-Eccius (5. Auflage Bd. 1 § 26 S. 139), Rehbein (Entscheidungen des Obertribunals Bd. 1 S. 211 fg. Anm.) neben dem Beweise der Bereicherung des handlungsfähigen Kontrahenten zum Schaden des blödsinnigen Kontrahenten auch der Beweis des Blödsinns gefordert wird. Denn die sich sofort ergebende Frage: wozu bedarf es zur Anfechtung einer schon wegen Blödsinnes des Erklärenden ungültigen Willenserklärung noch des weiteren Nachweises der Bereicherung des Gegenkontrahenten? — findet bei dieser Auffassung keine Beantwortung. Zu einer sicheren Grundlage für die Anwendung des § 27 a. a. O. ist nur auf dem vom IV. Civilsenate des Reichsgerichts (Urtheil vom 13. Juni 1881, Gruchot's Beiträge, Bd. 26 S. 406), in Anlehnung an einzelne Entscheidungen des vormaligen preußischen Obertribunals (Striethorst, Archiv Bd. 24 S. 283, Bd. 36 S. 107) und die von Koch (Kommentar, 8. Auflage Bd. 1 S. 145 fg. Anm. 44 zu § 27 A.L.R. I. 4) entwickelte Ansicht, eingeschlagenen Wege zu gelangen, auf welchem das Ergebniß gefunden wird, der § 27 erfordere lediglich den Thatbestand, daß der Erklärende demnächst wegen Blödsinnes unter Vormundschaft gestellt ist und daß der andere Theil mit dem Schaden des Ersteren sich zu bereichern gesucht habe. Es erscheint weder richtig noch zweckmäßig, diesen Weg wieder zu verlassen und dadurch die Auslegung des § 27 anderen Zweifeln und Bedenken preiszugeben.

Wenn nun hiernach die Beklagte auch nur nachzuweisen hatte, B. habe sich durch den zessionsweisen Erwerb der Hypotheken Nr. 2 und 3 zu ihrem und damit auch in Folge der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft zu ihres verstorbenen Mannes Schaden bereichert: so wurden die Kläger durch den § 27 A.L.R. I. 4 doch keineswegs verhindert, den Gegenbeweis in der Richtung zu liefern, daß Sch. im kritischen Zeitpunkte nicht blödsinnig gewesen sei, und dadurch die

Vermuthung des § 27 auszuschließen. Daß etwa dieser Gegenbeweis unzulässig sei, wird in dem angezogenen Urtheile des IV. Civilsenats des Reichsgerichts nicht gesagt; vielmehr wird auch dort die thatsächliche Grundlage der Bestimmung des § 27 darin gefunden, daß der später für blödsinnig Erklärte bereits blödsinnig gewesen sei, daß aber die Gemüthsbeschaffenheit desselben vielleicht wegen Länge der Zeit nicht mehr festgestellt werden könne. Anders wäre es freilich, wenn der § 27 so aufgefaßt werden müßte, daß die Vermuthung desselben beim Vorhandensein ihrer übrigen Voraussetzungen stets eintreten solle, ohne Unterschied, ob der Erklärende geisteskrank oder gesund gewesen sei. Diese Auffassung, von welcher auch jenes Urtheil nichts enthält, muß aber abgewiesen werden.

Nr. 40.

Unterschied zwischen der Verpflichtung aus dem Betruge eines Bevollmächtigten und eines Dritten.

A.L.R. I. 4 § 89.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 25. Mai 1889 in Sachen K., Klägers, wider v. W., Beklagten. V. 58/89.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Breslau ist zurückgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Mit Recht hat der Berufungsrichter angenommen, daß der angeblich von dem Gutsverwalter von L. gegen den Kläger verübte Betrug die Klage auf Aufhebung des durch diesen Betrug angeblich veranlaßten Vertrages gegenüber dem Beklagten nicht begründen kann. Denn die §§ 84 I. 4, § 349 I. 5 A.L.R. setzen voraus, daß der Betrug von demjenigen, welcher aus der dadurch veranlaßten Willenserklärung ein Recht erwerben soll, also im Fall eines Vertrages von dem Gegenkontrahenten verübt worden ist. Ist der Betrug ohne (erweisbares) Zuthun des letzteren durch einen Dritten verübt worden, so greift für die Aufhebungsklage nicht das Fundament des Betruges, sondern nach Umständen nur das Fundament des Irrthums Platz. (§ 89 Titel 4 a. a. O.)

Diese Regel erleidet eine scheinbare Ausnahme, wenn der Vertrag, um den es sich handelt, nicht von demjenigen, der dadurch Rechte erwerben oder verbindlich gemacht werden soll, in Person, sondern für ihn von einem Stellvertreter, insbesondere einem hierzu

Bevollmächtigten abgeschlossen worden ist. In diesem Fall werden mit Recht dem Betrug des Vertreters für die Entstehung und den Umfang der Vertragsrechte die gleichen rechtlichen Folgen beigemessen, als wenn der Vertrag ohne Mittelsperson geschlossen und die Täuschung von dem Kontrahenten selbst verübt worden wäre. (Vergl. Reichs-Oberhandelsgerichts-Entscheidungen Bd. 6 S. 403, Striethorst Archiv Bd. 83 S. 268.)

Ein solcher Fall liegt aber hier nicht vor. Der Vertrag ist von dem Beklagten selbst, nicht von von L. als dessen Bevollmächtigten oder Geschäftsführer abgeschlossen worden, der letztere war auch nicht zum Abschluß des Vertrages für den Beklagten oder auch nur zu Verhandlungen über die Vertragsbedingungen ermächtigt. Sein Auftrag ging nach der Feststellung des Berufungsrichters nur dahin, dem Kläger das Gut des Beklagten zu zeigen und über dessen Verhältnisse Auskunft zu geben. Daß der Beklagte, als er den Kläger an von L. verwies, seinen Willen kundgegeben, für die Angaben des von L. einzustehen, ist nicht behauptet; das Gegentheil ergiebt sich aus der Feststellung des Berufungsrichters, daß der Beklagte den Kläger vor dessen Ausfahrt mit von L. zur Besichtigung des Gutes ausdrücklich aufgefordert, sich Alles recht genau anzusehen und sich von Allem *selbst* zu überzeugen.

Hiernach hat der Berufungsrichter mit Recht den von L. als einen *Dritten* im Sinne des § 89 A.L.R. I. 4 erachtet und demgemäß die §§ 84 und 85 a. a. O. 349 Titel 5 und § 85 Titel 13 Theil I A.L.R. insoweit außer Anwendung gelassen.

Nr. 41.

Kann der Rücktritt von einem Vertrage bei Gegenständen, deren Werth 150 M. übersteigt, mündlich erklärt werden? oder durch thatsächliches Verhalten erfolgen?

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 6. Oktober 1888 in Sachen Z., Klägers, wider E., Beklagten. V. 151/88.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Naumburg ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage beruht auf der Schlußbestimmung des Vertrages vom 6. September 1883, in welcher für den Fall des *Rücktritts* von dem Kauf eine „Konventionalstrafe“ von 3000 M. stipulirt ist.

Nach der Behauptung des Klägers soll der Beklagte seinen Rücktritt vom Vertrage sowohl ausdrücklich (mündlich) erklärt, als auch durch die Weigerung, dem Verkäufer die (im Vertrage als bereits geschehen anerkannte) Uebergabe des mitverkauften Inventars zu leisten, bethätigt haben. Der Beklagte hat diese Weigerung dadurch motivirt, daß der Zedent des Klägers seiner Verpflichtung, gegen Auflassung der verkauften Grundstücke 20000 M. zu zahlen, nicht nachgekommen sei, im Uebrigen bestritten, daß er von dem Vertrage zurückgetreten sei, und sich zur Erfüllung Zug um Zug noch jetzt bereit erklärt. Ueber die behauptete Rücktrittserklärung ist in erster Instanz Beweis erhoben worden. Derselbe hat nach der für die Revisionsinstanz maßgebenden Annahme des Berufungsrichters die Behauptung des Klägers nicht bestätigt. Auf den über dieselbe Behauptung zugeschobenen Eid ist der Berufungsrichter nicht eingegangen, weil er die behauptete mündliche Rücktrittserklärung für nicht bindend und deshalb für nicht geeignet erachtet, der später vom Beklagten brieflich und auch noch im gegenwärtigen Prozeß erklärten Bereitwilligkeit zu erfüllen gegenüber dem Anspruch auf die Konventionalstrafe zu begründen.

Der Berufungsrichter, welcher der in dem Vertrage für den Fall des Rücktritts einer Partei stipulirten Konventionalstrafe mit Recht den Karakter einer Wandelpön beimißt (vergl. § 313 A.L.R. I. 5), leitet die Nothwendigkeit der Schriftlichkeit für eine bindende Rücktrittserklärung aus § 316 a. a. O. her, nach welchem derjenige, der seinen Willen, statt der Erfüllung des Vertrages die Wandelpön zu erlangen, schriftlich erklärt hat, sich zur Erfüllung des Vertrages wider den Willen des anderen Theiles nicht mehr erbieten kann. Dieser Argumentation (a contrario) ist zuzustimmen. Aber auch der allgemeinen Grundsatz des § 133 A.L.R. I. 5, wonach bei Gegenständen über 50 Thlr. auch einseitige Willenserklärungen, sobald sich ihre Folgen auf die Zukunft hinaus erstrecken sollen, der schriftlichen Abfassung bedürfen, führt zu der Annahme, daß die Erklärung des Rücktritts von einem Vertrage, falls der Erklärende daran gebunden sein soll, bei Gegenständen von über 150 M. schriftlich erfolgen muß. Der Vorwurf einer Verletzung des § 316 a. a. O. ist hiernach nicht begründet. Allerdings kann, wie auch der Berufungsrichter anerkennt, der formell gültig erklärte Rücktritt unter Umständen ersetzt werden durch ein thatsächliches Verhalten, durch welches die Absicht, den Vertrag nicht zu erfüllen, an den Tag gelegt und der

Vertragszweck selbst für den andern Theil vereitelt wird. (Erkenntniß des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 24 S. 120, Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 44 S. 1.) Von diesem Gesichtspunkt hat auch der Berufungsrichter die unbestrittene Thatsache geprüft, daß der Beklagte dem Zedenten des Klägers die Herausgabe des nach dem Vertrage vorweg übergebenen (resp. zu übergebenden) Inventars verweigert hat. Der Berufungsrichter erachtet diese Weigerung für durch das Ausbleiben der Zug um Zug (gegen die Auflassung) zu leistenden Anzahlung wohl motivirt und verneint ausdrücklich, daß dabei der Rücktritt vom Vertrage gewollt und zu finden sei.

Es ist nicht anzunehmen, daß der Berufungsrichter bei dieser thatsächlichen Feststellung die behauptete mündliche Rücktrittserklärung unbeachtet gelassen hat. Dieselbe erscheint vielmehr gemäß § 259 C.P.O. hinlänglich begründet. Hatte aber das Verhalten des Beklagten nicht die Bedeutung eines thatsächlichen Rücktritts vom Vertrage in dem oben angegebenen Sinne, so war der Beklagte, auch wenn er außerdem mündlich seinen Rücktritt vom Vertrage erklärt haben sollte, nicht gehindert, demnächst wieder, wie der Berufungsrichter feststellt, seine Bereitwilligkeit zur Erfüllung des Vertrages Zug um Zug gegen die versprochene Gegenleistung zu erklären.

Nr. 42.

1. Berechtigt nur ein unverschuldeter Irrthum den Betrogenen zur Anfechtung des Vertrages?

A.L.R. I. 4 §§ 84 ff. I. 5 §§ 349 ff.

2. Gewährleistungspflicht des Verkäufers eines Grundstücks wegen Intabulate, welche materiell getilgt sind und nur noch eine formale Bedeutung haben.

A.L.R. I. 11 §§ 135, 184, 222.

3. Einrede der Verletzung über die Hälfte. Ist sie ausgeschlossen, weil der Käufer das inzwischen subhastirte und vom Verkäufer erstandene Grundstück nicht zurückgeben kann?

A.L.R. I. 11 § 67.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 6. April 1889 in Sachen J., Beklagten, wider Sch., Kläger. V. 368/88.)

Auf die Revision des Beklagten ist das Urtheil des preußischen Oberlandsgerichts zu Stettin aufgehoben, und die Sache in die zweite Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte kaufte vom Kläger durch Vertrag vom 28. März 1883 das Gut Band I. Blatt 6 des Grundbuchs von A.Mühle

zum Preise von 72 600 M. Er blieb ein Restkaufgeld von 25 800 M. schuldig, das mit 5 Prozent Zinsen in Abtheilung III. Nr. 18 eingetragen wurde. Die Zinsen waren in vierteljährlichen Raten am Ende des Kalenderquartals zu bezahlen; bei nicht prompter Zinszahlung sollte das Kapital sofort fällig werden. Dieser Fall ist unbestritten eingetreten. Der Kläger begehrt deshalb klagend die Zahlung von 25 800 M. nebst 5 % Zinsen seit dem 1. April 1886 und 22,50 M. Restzinsen für das vorhergehende Quartal. — Der Beklagte setzte der Klage eine Reihe von Einwendungen entgegen, die er zum Theil widerklagend verfolgte, und von denen jetzt nur noch drei in Betracht kommen.

I. Der Beklagte hält sich für berechtigt, den Vertrag wegen Betruges anzufechten. In dieser Beziehung ist außer Streit, daß das Gut der Rentenbank rentenpflichtig ist, und diese Last in Abtheilung II Nr. 4 auf demselben eingetragen steht. Der Beklagte behauptet, daß der Kläger bei Abschluß des Vertrages und den vorhergegangenen Verhandlungen die gedachte Rente, die sich auf vierteljährlich 99,20½ M. belaufe und einen Kapitalwerth von 10 000 M. repräsentire, arglistig verschwiegen habe. Er will dadurch in einen Irrthum versetzt und durch diesen zum Abschluß des Vertrages bestimmt sein.

Das Vorbringen des Beklagten läßt die Deutung zu, daß derselbe damit zugleich einen Gewährleistungsanspruch habe verfolgen wollen; der erste Richter, hiervon ausgehend, hat die Anführungen nur nach dieser Richtung hin geprüft; der Beklagte hingegen ist dieser Auffassung ausdrücklich entgegengetreten, so daß der Berufungsrichter nur zu entscheiden hatte, ob die Voraussetzungen des Betruges nachgewiesen sind oder nicht.

Nach §§ 84 ff. A.L.R. I. 4, § 349 I. 5 genügt zur Begründung des Anspruchs, daß der Beklagte bei Abschluß des Vertrages sich über die Rentenpflichtigkeit des Gutes in einem Irrthum befand, daß diese falsche Vorstellung vom Kläger entweder vorsätzlich erregt, oder wenn bereits vorhanden, vorsätzlich benutzt ist, und daß zwischen dem Irrthum und dem Vertragsabschluß ein ursachlicher Zusammenhang besteht. Da der Irrthum als solcher nicht den Grund der Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes bildet, sondern das unsittliche Verhalten des Gegners, so ist es auf die Entscheidung ohne Einfluß, ob der Irrthum ein wesentlicher ist, ob er vermieden werden konnte oder nicht (§ 85 A.L.R. I. 4).

Gegen diese Grundsätze verstößt der Berufungsrichter, wenn er

dem Anspruch des Beklagten um deshalb die Anerkennung versagt, weil der Beklagte in der Lage gewesen, sich in der Zeit vom November 1883, wo die Verhandlungen begannen, bis zum Abschluß des Vertrags durch Einsicht des Grundbuchs von den auf dem Gute ruhenden Lasten Kenntniß zu verschaffen. Er bringt damit den irrigen Rechtssatz zur Anwendung, daß nur ein unverschuldeter Irrthum den Betrogenen zur Anfechtungsklage berechtige. — Wenn er dann zur Unterstützung seiner Ansicht noch den § 175 A.L.R. I. 11 heranzieht, wonach für die auf einem Grundstücke haftenden gemeinen Lasten der Verkäufer nur Vertretung zu leisten hat, sofern er dieselben in Abrede gestellt oder die Vertretung ausdrücklich übernommen hat, so übersieht er, daß diese Vorschrift von der Gewährleistung handelt, hierauf aber Einwand und Widerklage nicht gegründet sind. Es kann darum unerörtert bleiben, ob die an die Rentenbank zu leistende Ablösungsrente eine öffentliche Last ist, wie die Instanzrichter annehmen, oder eine Privatlast im Sinne des § 183 A.L.R. I. 11, wie das Reichsgericht in den Urtheilen vom 14. Mai 1880 und 8. Februar 1881 (Wallmann, Zeitschrift für preußisches Recht Bd. I. S. 329 und 721), sowie im Urtheil vom 12. Januar d. J. (V. 262/88) bereits entschieden hat.

Es führt dies zur Aufhebung des Berufungsurtheils.

II. Der Beklagte erhebt ferner einen Gewährleistungsanspruch aus § 184 A.L.R. I. 11, der in beiden Vorinstanzen verworfen ist. In thatsächlicher Beziehung ist hier außer Streit, daß auf dem erwähnten Gute in Abtheilung III. Nr. 17 eine Hypothek von 1630 M. eingetragen ist, die der Beklagte nicht übernommen hat. Der Berufungsrichter stellt fest, daß diese Post aus einem Versehen des Grundbuchrichters nicht gelöscht worden, die Löschung aber kostenfrei erfolgen müsse, sobald dies vom Beklagten beantragt werde. Aus diesem Grunde hält er den Beklagten weder zum Rücktritt von dem Vertrage, noch zum Einbehalten eines Theils des Kaufgeldes für berechtigt, ohne die Frage zu beantworten, ob die Löschung der Post ohne Vorlegung der Urkunde angängig ist, oder nicht.

Auch diese Ausführung ist nicht frei von Rechtsirrthum. Nach § 135 a. a. O. ist der Verkäufer verpflichtet, die Sache so zu gewähren, daß der Käufer sie bedungenermaßen als sein Eigenthum besitzen, nutzen und darüber verfügen kann. Daraus ergiebt sich, wie in dem Urtheil des Reichsgerichts vom 15. Dezember 1888 (V. 236/88) näher nachgewiesen, die Pflicht des Verkäufers, alle Eintragungen im

Grundbuche zu beseitigen, soweit sie dem Käufer in Beziehung auf sein Verfügungsrecht hinderlich sind und der Vertrag nicht entgegenstehende Abreden enthält. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Eintragung noch einen Inhalt hat oder nicht; denn auch ein bloß formales Intabulat setzt den Werth des Grundstücks im Verkehr herab und erschwert die Veräußerung desselben. Der Beklagte kann hiernach einen entsprechenden Theil des Kaufgeldes zurückhalten, bis ihm der Kläger ein reines Grundbuchblatt geschafft hat. Solange der Kläger dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, kann er nach § 222 A.L.R. I. 11 nicht Zahlung der betreffenden Summe, sondern nur deren Hinterlegung fordern. Dies verkennt der Berufungsrichter, wenn er den Beklagten zur Zahlung des ganzen Restkaufgeldes verurtheilt.

III. Der Beklagte macht endlich den Einwand der Verletzung über die Hälfte. Die erste Instanz hat denselben für durchgreifend erachtet, die zweite ihn aber, ohne auf eine materielle Prüfung einzugehen, aus dem Grunde verworfen, weil der Beklagte nicht mehr im Stande sei, das verkaufte Grundstück dem Kläger zurückzugeben (§ 67 A.L.R. I. 11). Auch dieser Entscheidungsgrund war für zutreffend nicht zu erachten.

Außer Streit ist, daß im Laufe der zweiten Instanz das Gut A.Mühle subhastirt und am 10. Oktober 1888 dem Kläger als Meistbietenden für 30 000 M. zugeschlagen ist. Dem Berufungsrichter ist zuzugeben, daß der Beklagte, da ihm hierdurch die faktische Disposition über das Gut entzogen ist, zur Zeit dasselbe dem Kläger nicht zurückzugeben vermag. Ihm ist die Rückgabe solange unmöglich, als der Kläger Eigenthümer des Gutes bleibt, und sich dem Wiedererwerb seitens des Beklagten widersetzt. Wäre der § 67 A.L.R. I. 11 dahin auszulegen, daß der Rücktritt vom Vertrage nur dann gestattet ist, wenn er über das Kaufobjekt zu verfügen im Stande ist, so würde dies zur Abweisung des vom Beklagten geltend gemachten Anspruchs führen.

Allein die sinngemäße Auslegung der Vorschrift führt zu einem anderen Ergebniß. Zweck des Gesetzes ist, daß, wie bei der Wandelungsklage, so auch im Fall der enormen Verletzung der Zustand, wie er bei Abschluß des Vertrages bestand, wiederhergestellt werden soll. Der Verkäufer soll die Sache, der Käufer den Preis zurückerhalten. Ist eine solche Restitution unmöglich, so soll es bei dem Vertrage sein Bewenden behalten. Es erhellt hieraus, daß, wenn

das Gesetz von einer Rückgabe durch den Käufer spricht, es nur den Regelfall im Auge hat, keineswegs aber die hierauf bezügliche Thätigkeit des Käufers als etwas Wesentliches ansieht. — Eine Wiederherstellung des früheren Zustandes ist aber dadurch, daß das Grundstück subhastirt worden, nicht ausgeschlossen. Wäre ein Dritter der Käufer gewesen, so würde es darauf ankommen, ob der Beklagte im Stande ist, sich die Disposition wieder zu verschaffen. (Vergleiche Gruchot, Beiträge Bd. 30 S. 914.) Da der Kläger die Sache bereits durch den Subhastationskauf wiedererlangt hat, so bedarf es nicht erst einer Wiederanschaffung und Rücktradition von Seiten des Käufers; der frühere Zustand wird vielmehr schon dann hergestellt, wenn der Beklagte dem Kläger den Preis, den dieser für das Gut gegeben hat, nebst sonstigen Aufwendungen erstattet. Dabei ist nicht ausgeschlossen, daß er seine Forderung auf Rückzahlung des Kaufgeldes zur Kompensation stellt. Die Sache liegt nicht anders, als wenn der Käufer während des Prozesses dem Verkäufer das Gut zurückverkauft und zurückaufgelassen und sich dabei seine Ansprüche aus dem früheren Rechtsgeschäft vorbehalten hätte. In einem solchen Fall löst der Anspruch auf Erfüllung sich in eine Interesseforderung auf.

Nr. 43.

1. Fällt der Anspruch auf Gewährleistung oder Aufhebung des Kaufvertrages wegen einer auf dem verkauften Grundstück eingetragenen, nicht angezeigten Privatdienstbarkeit fort, wenn der Verkäufer beweist, daß die Eintragung irrthümlich, also zu Unrecht erfolgt ist? Pflicht des Verkäufers, dem Käufer ein reines Hypothekenblatt zu schaffen.

A.L.R. I. 11 §§ 135, 183 ff.; I. 5 §§ 329 ff.

2. Kann ein Kaufvertrag, wenn zwar die Uebergabe, aber noch nicht die Auflassung bewirkt ist, als in der Hauptsache erfüllt angesehen werden?

A.L.R. I. 11 § 1.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 15. Dezember 1888 in Sachen L., Beklagten, wider die verehelichte W., Klägerin. V. 236/88.)

Auf die Revision des Beklagten ist das Urtheil des preuß. Kammergerichts aufgehoben und das erste Urtheil wiederhergestellt.

Entscheidungsgründe:

In dem Vertrage vom 16. März 1885 hat die Klägerin der Frau Anna S. für diese und ihre Rechtsnachfolger das Recht eingeräumt, von ihrer Wiese das Quell- und Regenwasser durch den Wiesenweg hindurch auf die Wiese der Klägerin zu leiten und durch

den auf der letzteren Wiese befindlichen Graben abzuführen. Die auf Grund dieses Vertrages in Abth. II. Nr. 9 bei dem verkauften Grundstück bewirkte Eintragung hat folgenden Inhalt:

„Eine Wegegerechtigkeit in Gemäßheit des Vertrages vom 16. März 1885 als Last zu Gunsten der Eigenthümer des Bd. 1 Bl. Nr. 53 des Grundstücks von Ströbitz verzeichneten Grundstücks."

Die Parteien sind darüber einig, daß mit der als Wegegerechtigkeit bezeichneten Last die Eingangs erwähnte Gerechtigkeit gemeint sei.

Der erste Richter ist der Ansicht, daß die Klägerin als Verkäuferin für die gedachte Belastung aufzukommen habe, wenn sie nicht bei Abschluß des Vertrages dem Beklagten von derselben Mittheilung gemacht habe. Er hat deshalb für den Fall, daß der über diese Mittheilung zugeschobene Eid vom Beklagten geleistet werden sollte, der Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung des Restkaufgeldes gegen Auflassung des Grundstücks die Maßgabe beigefügt, daß die Klägerin zuvor oder gleichzeitig die eingetragene Last zur Löschung zu bringen hat.

Der Berufungsrichter hat dagegen den Einwand des Beklagten verworfen und den letzteren klagegemäß verurtheilt. Er erwägt, daß eine Privatdienstbarkeit, wie die vorliegende, wenn dieselbe weder in die Augen fallend — wofür die Klägerin den Beweis schuldig geblieben sei —, noch von der Verkäuferin bei der Verkaufshandlung angezeigt sei, dem Käufer das Recht gebe, vom Kaufvertrage ganz zurückzutreten oder Vergütung zu fordern (§§ 183, 188, 189 I. 11, §§ 335, 329 I. 5 A.L.R.), ist aber der Ansicht, daß diese Vorschriften auf das vorliegende Sachverhältniß nicht zur Anwendung kommen können. Auf Grund der stattgehabten Beweisaufnahme nämlich wird von ihm ausgesprochen, daß in Wirklichkeit das Grundstück mit der oben erwähnten Servitut nicht belastet sei. Der Inhalt des Vertrags vom 16. März 1885, so führt er aus, entspreche nicht dem Willen der Kontrahenten, sondern beruhe auf irriger Auffassung des Konzipienten der Urkunde. In Wirklichkeit habe nur das Grundstück des Bauern Sch., nicht das der Klägerin belastet werden sollen. Die Eintragung im Grundbuch sei hiernach eine irrige, mit der Wirklichkeit unvereinbare.

Ob die gegen diese Feststellung von der Revision erhobenen Angriffe begründet sind, kann dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn

man den festgestellten Thatbestand der Entscheidung zum Grunde legt, so ist er doch niemals geeignet, das vom Berufungsrichter erlassene Urtheil zu rechtfertigen. Richtig ist zwar, daß von einer Gewährleistungspflicht im Sinne des § 183 A.L.R. I. 11 nicht gesprochen werden kann, wenn das verkaufte Grundstück mit einer Privatdienstbarkeit überhaupt nicht belastet ist. Fehl geht aber der Berufungsrichter, wenn er weiter ausführt, daß der Beklagte, wenn er auch das Recht haben möge, wegen der vorhandenen inhaltlosen Eintragung einen Interessenanspruch gegen die Klägerin zu erheben, doch nicht befugt sei, von der Beseitigung der Eintragung seinerseits die Vertragserfüllung abhängig zu machen, daß vielmehr die Klägerin dadurch, daß von ihr die Nichtexistenz der irrthümlich eingetragenen Last nachgewiesen worden, ihre Pflicht, das Grundstück frei von Lasten zu gewähren, erfüllt habe.

Nach § 135 A.L.R. I. 11 ist der Verkäufer schuldig, dem Käufer die Sache so zu gewähren, daß dieser dieselbe bedungenermaßen als sein Eigenthum besitzen, nutzen und darüber verfügen könne. Daraus folgt, daß er dem Käufer für alle Ansprüche eines Dritten an die Sache aufzukommen hat, § 136 a. a. O.; es ergiebt sich aber daraus weiter, daß der Verkäufer mangels entgegenstehender Abreden die Pflicht hat, dem Käufer ein reines Hypothekenfolium zu schaffen und darauf eingetragene, in Wirklichkeit nicht bestehende Rechte zur Löschung zu bringen. Denn schon die Existenz einer das Eigenthum beschränkenden Eintragung ist dem Käufer in Beziehung auf sein Verfügungsrecht hinderlich, da sie, selbst wenn das Recht nicht besteht, im Verkehr den Werth des Grundstücks herabsetzt und die Veräußerung desselben erschwert. Es gehört daher zu den gesetzlichen, aus dem Kaufvertrage sich ergebenden Verpflichtungen der Klägerin, daß sie die in Abth. II. Nr. 9 auf dem Grundstück eingetragene Belastung zur Löschung bringt.

In der Praxis der preußischen Gerichte, der auch das Reichsgericht gefolgt ist, hat sich nun zwar der Satz herausgebildet, daß, wenn der Vertrag von dem einen Theil in der Hauptsache erfüllt ist, der Anspruch desselben auf Erfüllung seitens des anderen Theils aus § 271 A.L.R. I. 5 nicht um deshalb versagt werden kann, weil in Nebensachen die Erfüllung noch aussteht, daß vielmehr in solchen Fällen der andere Kontrahent seine Ansprüche selbständig zur Geltung zu bringen hat. In Anwendung dieses Satzes glaubt der Berufungsrichter den Beklagten auf den Weg der besonderen Klage

behufs Geltendmachung seines Interesses wegen der inhaltlosen Eintragung verweisen zu dürfen. Er übersieht jedoch dabei, daß der vorliegende Vertrag in der Hauptsache noch nicht erfüllt ist, und darum jener Grundsatz hier nicht zur Anwendung kommen kann. — Zwar hat die Klägerin dem Beklagten das Grundstück bereits übergeben und so begonnen, den Vertrag in der Hauptsache zu erfüllen. — Aber nach § 1 A.L.R. I. 11 hat der Verkäufer die Verpflichtung, dem Käufer das Eigenthum an der verkauften Sache zu verschaffen, und muß deshalb seit Geltung des Gesetzes vom 5. Mai 1872 zu der Uebergabe des verkauften Grundstücks die Auflassung desselben hinzutreten. Die Auflassung bildet hiernach bei Grundstückskäufen einen wesentlichen Theil der Erfüllung des Vertrages, und kann, so lange dieselbe nicht geschehen, von der Erfüllung in der Hauptsache nicht gesprochen werden.

Zur Auflassung war nun zwar die Klägerin bereit; aber der Beklagte brauchte eine solche nicht entgegenzunehmen, wenn er dadurch nicht in den Stand gesetzt wurde, sich der Sache nach Inhalt des Vertrages zu bedienen. Er durfte deshalb die Entgegennahme der Auflassung solange verweigern, als die Klägerin ihrer Verpflichtung, die nicht auf ihn übergehenden, im Grundbuch eingetragenen Lasten zur Löschung zu bringen, nicht nachgekommen war. Dabei brauchte er sich nicht einer Untersuchung zu unterziehen, ob diese Lasten in Wirklichkeit noch bestanden oder nicht.

Gegen diese Grundsätze verstößt der Berufungsrichter insofern, als er auf die Berufung der Klägerin den Beklagten klaggemäß verurtheilt hat. Sein Urtheil unterliegt daher insoweit der Aufhebung.

Nr. 44.

Rücktritt vom Vertrage wegen veränderter Umstände. Auslegung des Wortes „Endzweck“ im § 378 A.L.R. I. 5.

(Urtheil des Reichsgerichts (I. Civilsenat) vom 22. Mai 1889 in Sachen v. H., Beklagten, wider H., Kläger. I. 105/89.)

Auf die Revision des Beklagten ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Naumburg aufgehoben, und die Klage abgewiesen.

Thatbestand:

Der Beklagte hatte Ende 1886 oder Anfang 1887 dem Kläger verkauft monatlich von Januar bis Oktober 1887 je 10 Gebinde

Kartoffelsprit zu 41 M. pr. 10000 Literprozent. Bis einschließlich September 1887 ist von beiden Seiten erfüllt worden. Im September und Oktober erklärte der Beklagte, er würde nur dann die weitere Rate liefern, wenn der Kläger ihm vorher erkläre, daß er die mit dem 1. Oktober 1887 auf den Sprit gelegte Nachsteuer mit 30 M. für 10000 Literprozent vergüten werde. Der Kläger ging hierauf nicht ein, forderte am 15. und 18. Oktober die Lieferung des Sprit mit der Erklärung, daß er bei ausbleibender Lieferung Schadensersatz fordern werde, und klagt nun als Schadensersatz die Differenz zwischen dem vertragsmäßigen und dem „Preis bei gehörig erfolgter Deckung" für die fünf in der ersten Hälfte Oktober zu liefernden Gebinde ein.

Vom ersten Richter wurde dem Klagantrag gemäß erkannt und die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Dem Reichsgericht haben wiederholt Fälle mit gleichem Thatbestand zur Entscheidung vorgelegen. In mehreren Fällen aus dem Gebiet des A.L.R. hat sich der I. Civilsenat dahin ausgesprochen, daß die Einführung der Branntweinsteuer durch das Reichsgesetz vom 24. Juni 1887 als eine derartige Veränderung der Umstände aufzufassen ist, aus welcher nach § 378 A.L.R. I. 5. jedem Kontrahenten das Abgehen vom noch nicht erfüllten Vertrag gestattet ist. § 378 wird dabei so aufgefaßt, daß unter „Endzweck" der Kontrahenten nicht nur der (neben dem in der Erfüllung liegenden) weitere Zweck zu verstehen ist, zu dessen Erreichung der Vertrag das Mittel ist, sondern daß als der „aus der Natur des Geschäfts sich ergebende Endzweck" die Erfüllung des Geschäfts in seinem besonderen Wesen gemeint ist. Sind die eingetretenen Umstände derart, daß sie, wenn sie beim Abschluß des Vertrages vorhanden gewesen wären, den Vertrag als einen seinem wirthschaftlichen Wesen nach ganz anderen hätten erscheinen lassen, als er sich nach den beim Abschluß wirklich vorhandenen Umständen darstellte, so ist nach Eintritt dieser Umstände die Erfüllung des Vertrags in seiner ursprünglichen Beschaffenheit nicht mehr möglich, der Endzweck beider Theile ist nicht mehr erreichbar. Es wird dann weiter ausgeführt, daß, wenn der fragliche Vertrag nach Erlaß des Gesetzes über die Branntweinsteuer abgeschlossen worden wäre, derselbe nicht als „Kauf" würde haben aufgefaßt werden können, weil er dahin gegangen sein würde, daß die Waare ohne Leistung eines Aequivalents übertragen

werde, weil also das den Vertrag als Kauf karakterisirende Moment nicht vorhanden gewesen wäre.

Im vorliegenden Rechtsstreit bemüht sich der Berufungsrichter, diese Argumentationen (in Betreff deren näherer Ausführung namentlich auf das auch in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. XXII. Nr. 14 S. 81 abgedruckte Urtheil vom (26. September, 10. November 1888 verwiesen wird) als unrichtig darzulegen. Das Reichsgericht hat sich aber von der Richtigkeit dieser Darlegung nicht überzeugen können, findet vielmehr, daß seine Ausführungen vom Berufungsgericht mißkannt sind. Dafür bildet namentlich folgender Satz in den Entscheidungsgründen einen Beleg:

> „Die Entscheidungen vom 17. November 1888 sprechen nun aber aus, daß, falls der Preis die vom Verkäufer zu machende Aufwendung nicht erreicht oder nur unbedeutend überschreitet, das Geschäft nicht unter den wirthschaftlichen und folglich nicht unter den rechtlichen Begriff des Kaufs falle, vielmehr Schenkung sei."

Hiergegen ist zunächst zu bemerken, daß der angeführte Satz nicht etwa, wie aus dem Einrücken desselben möglicher Weise gefolgert werden könnte, dem Wortlaut der Entscheidungsgründe des reichsgerichtlichen Urtheils entnommen ist. Es findet sich aber auch in dem Urtheil nirgends ein nur annähernd ähnlich formulirter Satz, wie dies auch dadurch ausgeschlossen ist, daß das Reichsgericht das den Schlußworten geradezu Entgegengesetzte ausführt. Die Argumentation des Reichsgerichts ist folgende. Ein Vertrag, der dahin gehen würde, daß der eine Kontrahent eine bestimmte Summe zu erhalten, daß er dagegen 1) eine Sache zu liefern hat, daß er aber 2) auf diese Sache eine Verwendung zu machen hat, welche die zu empfangende Summe übersteigt, oder in Folge welcher von dieser Summe nur etwas ganz Geringes übrig bliebe, kann nicht als Kauf aufgefaßt werden, da ein solcher begrifflich in der Hingabe einer Sache gegen ein Aequivalent besteht. Ein solcher Vertrag kann möglicher Weise als Schenkung erscheinen, wenn er nämlich in freigebiger Absicht abgeschlossen ist. Fehlt aber diese Absicht, so erscheint ein solcher Vertrag als perplex; denn mag auch die Absicht, einen Kauf abzuschließen, mit Worten ausgesprochen sein, so steht dieser Ausspruch doch in direktem und unlöslichem Widerspruch mit dem Inhalt des Vertrags und ist darum von Anfang an wirkungslos.

Das Reichsgericht hat also nicht ausgesprochen, daß das beur-

heilte Geschäft Schenkung sei, billigt vielmehr völlig den zu seiner Widerlegung vom Berufungsrichter aufgestellten allgemeinen Satz, daß ein Kauf nie eine Schenkung werden könne, und ist ebenfalls der Ansicht, daß das konkrete Geschäft keine Schenkung ist, da die freigebige Absicht fehlt. Die Abweichung der beiderseitigen Ansichten besteht nur darin, daß das Berufungsgericht dem Willen der Kontrahenten die Fähigkeit beimißt, den Begriff des Kaufs beziehentlich der Gegenleistung willkürlich zu gestalten, d. h. ein Geschäft als Kauf zu karakterisiren, trotzdem die Leistung eines Aequivalents für die zu übertragende Sache ausgeschlossen ist, während das Reichsgericht davon ausgeht, daß der wirthschaftliche und rechtliche Karakter eines Geschäfts nicht Sache des Wollens, sondern des Erkennens ist, und daß dafür nur die Grundsätze des Rechts und der Logik maßgebend sind.

Da nun in den früher beurtheilten Fällen zweifellos die freigebige Absicht ausgeschlossen war, das abgeschlossene Geschäft also nur als Kauf gemeint sein konnte, so mußte das Geschäft auf Grund der Bestimmung des § 378 A.L.R. I. 5 seine Wirksamkeit einbüßen, sobald durch die Einführung der Branntweinsteuer die Möglichkeit, es als Kauf aufzufassen, hinweggefallen war.

Die Unmöglichkeit, das Geschäft als Kauf aufzufassen, wurde in jenen Urtheilen nicht nur für den Fall angenommen, daß der Verkäufer einen höheren Betrag als Steuer hätte bezahlen müssen, als der ursprünglich vereinbarte Kaufpreis betrug, sondern auch dann, wenn er von dem als Kaufpreis vereinbarten Betrag nur einen solch' geringen Betrag übrig behalten haben würde, daß derselbe nicht mehr als ein wirkliches Aequivalent angesehen werden konnte. Dies trifft aber auch im vorliegenden Fall zu, wo der als Kaufpreis vereinbarte Betrag sich durch die Zahlung der Steuer von 41 M. für 10000 Literprozent auf 11 M. herabminderte, d. h. auf einen Betrag, welchen die Parteien bei Abschluß des Vertrags als wirklichen Kaufpreis vernünftiger Weise nicht im Auge haben konnten.

Nr. 45.

Unterschied zwischen wirklichem Schaden und entgangenem Gewinn. Auslegung der §§ 13, 14 A.L.R. I. 6. Begriff des gewöhnlichen Gebrauchs einer Sache. Gelten die Vorschriften des A.L.R. I. 6 §§ 10 ff. über den entgangenen Gewinn auch für das Vertragsrecht?

A.L.R. I. 5 § 287.

Begründet der Nachweis der Vertragsverletzung den Anspruch auf das volle Erfüllungsinteresse?

I. 5 § 285.

Beweislast.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 3. Oktober 1888 in Sachen L. und Ehemann, Kläger, wider K., Beklagten. V. 156/88.)

Auf die Revision des Klägers ist das Urtheil des preußischen Kammergerichts aufgehoben, und die Sache in die II. Instanz zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Es liegt folgender Sachverhalt vor.

Der Mitkläger Ehemann L. hat mit dem Beklagten am 23. Februar 1885 einen Vertrag abgeschlossen, durch welchen dem Ersteren verschiedene Lokalitäten im Hause des Letzteren und mehrere Utensilien zum Gebrauch für Restaurationszwecke gegen monatliche Zahlung eines festen Betrages überlassen wurden. Der Berufungsrichter karakterisirt diesen Vertrag mit Recht als Miethsvertrag. In denselben ist die Mitklägerin L. durch mündliches Abkommen nach der Verhaftung ihres Mannes mit Bewilligung des Beklagten eingetreten. Die Dauer des Vertrages war im § 7 auf ein Jahr vom 1. April 1885 bis dahin 1886 festgesetzt, und eine sechsmonatliche Kündigungsfrist bestimmt. Der Berufungsrichter legt diese Abrede dahin aus, daß der Vertrag über die vereinbarte Dauer um sechs Monate verlängert werden sollte, wenn nicht sechs Monate vor Ablauf desselben eine Kündigung erfolgte. Er stellt sodann fest, daß eine die Beendigung des Vertrages zum 1. Oktober 1886 bewirkende Kündigung nicht geschehen, und daß insbesondere die Behauptung des Beklagten, im März 1886 gekündigt zu haben, mit Beweismitteln nicht unterstützt ist. Er kommt hiernach zu dem Resultat, daß der Vertrag bis zum 1. April 1887 fortlief.

Inzwischen hatte der Beklagte jedoch im Sommer 1886 gegen die Ehefrau L. mit der Behauptung rechtzeitiger Kündigung auf Räumung der Wohnung zum 1. Oktober 1886 geklagt, und am 25. September 1886 ein, auf seinen Antrag für vorläufig vollstreckbar erkärtes Urtheil erstritten, welches die Räumung der Miethslokale seitens der Ehefrau L. anordnete. Die damalige Beklagte genügte, um der drohenden Zwangsvollstreckung zu entgehen, dem Urtheil in den ersten Tagen des Oktober 1886, worauf der damalige Kläger die von ihm vermiethete Wohnung einem anderen Miether

:inräumte. Die Ehefrau L. legte jedoch gegen das Urtheil erster Instanz Berufung ein, und das Königliche Landgericht zu Potsdam rkannte am 15. Januar 1887 abändernd auf einen Eid zu ihren Bunsten. Dieser Eid ist von ihr geschworen, und der jetzige Beklagte K. am 26. März 1887 durch Läuterungsurtheil mit der Räumungsklage abgewiesen, und verurtheilt, der jetzigen Klägerin Frau L. die Wohnung zurückzugewähren. Im vorliegenden Prozesse iquidiren beide Kläger den Schaden, welcher ihnen durch die verragswidrige Entziehung der Miethslokale seitens des Beklagten entstanden ist. Der erste Richter hat die Klage abgewiesen, und der Berufungsrichter — nach Beschränkung der Verhandlung auf den Grund des Anspruchs — die Berufung der Kläger verworfen. — Der Grund des Berufungsrichters für die Abweisung der Klage geht ahin, daß der Schadensanspruch der Kläger entgangenen Gewinn etrifft, daß dieser nur verlangt werden darf, wenn aus Vorsatz oder robem Verschulden gegen den Vertrag verhandelt ist, und daß hier veder Vorsatz noch grobes Verschulden dem Beklagten zur Last fallen.

Diese Ausführung giebt Bedenken darüber Raum, ob der Berufungsrichter den Rechtsbegriff des entgangenen Gewinns richtig aufgefaßt, oder nicht vielmehr zu eng begrenzt hat.

Das A.L.R. definirt im Titel 6 Theil 1 § 1 den Begriff des Schadens als jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen n Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit oder Ehre oder seines Vermögens. Es unterscheidet — §§ 2 bis 4 a. a. O. — zwischen unmittelbarem, mittelbarem und zufälligem Schaden. Zum entgangenen Gewinn gehören — § 5 — Vortheile, die Jemand erlangt haben würde, wenn eine gewisse Handlung oder Unterlassung nicht vorgefallen wäre, jedoch mit der Beschränkung — § 6 —, daß nur solche Vortheile in Betracht kommen, welche nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, nach den Geschäften des bürgerlichen Lebens oder vermöge gewisser schon getroffener Anstalten und Vorkehrungen zu erwarten sind. Hierauf folgt — § 7 — die Vorschrift, daß zur vollständigen Genugthuung der Ersatz des gesammten Schadens und des entgangenen Gewinns gehört. Hinsichtlich der Schadensersatzpflicht bei außerkontraktlichen Beschädigungen bestimmen die §§ 10 bis 12, daß derjenige, welcher einen Andern aus Vorsatz oder grobem Versehen beleidigt, vollständige Genugthuung zu leisten, wer den Andern aus mäßigem Versehen beleidigt, nur für den wirklichen Schaden zu haften hat. Hieran schließt sich der § 13, welcher lautet:

Doch muß der Beschädiger auch einen solchen entgangenen Gewinn ersetzen, den der Beschädigte durch den gewöhnlichen Gebrauch desjenigen, woran er gekränkt worden, erlangt haben würde, wenn die Kränkung nicht vorgefallen wäre.

Und § 14 fügt hinzu, daß in einem solchen Falle der entgangene Gewinn vergütet werden muß, auch wenn der wirkliche Schaden keiner Schätzung fähig ist. Wie schon das R.O.H.G. (Entscheidungen Bd. VI. S. 12) zutreffend hervorgehoben hat, gebraucht das A.L.R. die Ausdrücke „Schaden" und „entgangener Gewinn" nicht unbedingt gleichmäßig in demselben Sinne. Dieser Umstand erklärt die Schwierigkeiten, welche bei der Auslegung der gedachten Gesetze entstanden sind. Mag man aber auch die Vorschriften in den §§ 13, 14 a. a. O. als eine Erweiterung des Begriffes des wirklichen Schadens (Eccius, preuß. Privatrecht 5. Aufl. I. S. 542a) oder als eine Modifikation des Begriffs des entgangenen Gewinns auffassen (Dernburg, preuß. Privatrecht I. § 121), jedenfalls lassen dieselben erkennen, daß der Gesetzgeber die Haftung für mäßiges Versehen nicht bloß auf den Ersatz des Sachwerthes beschränken, sondern auch auf diejenige Vermögensminderung ausdehnen wollte, welche in Folge des gehinderten gewöhnlichen Gebrauchs einer Sache eintritt. Unter gewöhnlichem Gebrauch muß derjenige verstanden werden, welcher nach dem objektiven Lauf der Dinge, nicht nach subjektiven, nicht voraussehbaren Verhältnissen eingetreten wäre (A.L.R. I. 6 § 6).

Daß das Gesetz in diesem Sinne aufzufassen sei, dafür spricht die durch Bornemann (System, 2. Aufl. Bd. II. S. 179) mitgetheilte Bemerkung von Svarez bei der revisio monitorum, daß der (im jetzigen § 13) gemeinte Gewinn „ein solcher sei, den der Beleidigte durch das, woran ihm die Kränkung widerfahren, hätte erlangen können,

z. B. der Pächter durch Bewirthschaftung des ihm verpachteten Guts.

Mit Recht hat auch das frühere Reichs-Oberhandelsgericht bei ähnlicher Auslegung des Gesetzes darauf hingewiesen, daß das A.L.R. in den §§ 115 ff. I. 6 bei Normirung der Grundsätze über den Schadensersatz im Falle einer Körperverletzung, durch welche der Beschädigte sein Amt oder Gewerbe in der bisherigen Art zu betreiben außer Stand gesetzt wird, in Anwendung des § 13 a. a. O. den entgangenen Gewinn in beschränktem Maße zubilligt, wenn auch nur mäßiges Versehen vorliegt (Entsch. Bd. 6 S. 9 ff.).

Der Begriff des entgangenen Gewinns, wie er vom Gesetze in

Betreff außerkontraktlicher Verletzungen normirt ist, gilt auch für das Vertragsrecht (A.L.R. I. 5 § 287). Ebenso findet die Regel Anwendung, daß derjenige, welcher bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrages seine Pflichten vorsätzlich, oder aus grobem Versehen verletzt, dem andern Kontrahenten für das ganze Interesse einstehen muß, während bei mäßigem oder geringem nur für den entstandenen wirklichen Schaden gehaftet wird (a. a. O. §§ 285 ff.). Das Gesetz legt aber nicht (wie bei außerkontraktlichen Beschädigungen) im Falle der Zuwiderhandung gegen einen Vertrag dem hierdurch Verletzten die Pflicht ob, behufs Begründung seines Schadensanspruchs den Grad des Versehens auf Seiten des andern Kontrahenten zu behaupten und zu beweisen. Das Reichsgericht hat vielmehr in Uebereinstimmung mit der Judikatur des früheren preuß. Ober-Tribunals (Entsch. Bd. 74 S. 153) und des früheren Reichs-Oberhandelsgerichts (Entsch. Bd. 14 S. 16; Bd. 15 S. 293) bereits ausgesprochen, daß der Nachweis der Vertragsverletzung die Klage auf das Erfüllungsinteresse begründet, und daß der andere Theil, um sich von dem Anspruche zu befreien, darthun muß, daß er trotz Anwendung der vertragsmäßigen Sorgfalt nicht habe erfüllen können (Gruchot, Beitr. Bd. 29 S. 387).

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so erhellt, daß die Feststellung des Berufungsrichters, Beklagter habe durch die Vermiethung der Lokalitäten nach dem 1. Oktober 1886 seinen durch den Miethsvertrag vom 23. Februar 1885 übernommenen Pflichten zuwider gehandelt, eine Klage auf das Erfüllungsinteresse an sich begründet. Sache des Beklagten war, die Gründe, welche seine Verhaftung für das Erfüllungsinteresse ausschließen, geltend zu machen. Gelangte der Berufungsrichter bei Prüfung des vertragsmäßigen Verhaltens des Beklagten zu dem Resultat, daß ihm nur ein mäßiges Versehen zur Last fällt, so bedurfte es der weiteren Erörterung, ob der hier sowohl wegen Entziehung der Miethslokalitäten, als wegen der Hinderung am Gebrauch derselben beanspruchte Schaden unter Berücksichtigung der §§ 13, 14 A.L.R. I. 6 auch im Falle eines mäßigen Versehens ganz oder theilweise zu ersetzen ist. Die kurzen Sätze, mit welchen der Berufungsrichter seine Entscheidung einleitet, lassen nicht erkennen, daß die Entscheidung unter Berücksichtigung der nach obigen Ausführungen maßgebenden Rechtsgrundsätze getroffen ist. Das zweite Urtheil war deshalb aufzuheben. —

Die Frage, ob die Entscheidung, wonach kein grobes Verschulden des Beklagten vorliegt, von den Klägern mit Recht angegriffen wird, bedarf nur für den Fall einer Prüfung, daß der Berufungsrichter bei der gebotenen anderweiten Erörterung der Sache zu dem Ergebniß kommt, der hier geforderte Schaden sei nur bei grobem Versehen zu ersetzen. Das Reichsgericht hat angenommen, daß die im zweiten Urtheil für die Verneinung eines groben Versehens gegebenen Gründe nicht ausreichend sind. Nach dem A.L.R. I. 3 § 18 heißt ein Versehen, welches bei gewöhnlichen Fähigkeiten, ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit, vermieden werden konnte, ein grobes Versehen. Da hier der Beklagte nach der Feststellung des Berufungsrichters vertragsmäßig verpflichtet war, den Klägern die fragliche Lokalität vom 1. Oktober 1886 bis zum 1. April 1887 zu gewähren, so mußte darüber entschieden werden, ob die Verweigerung dieser Leistung unter den obwaltenden Umständen bei gewöhnlichen Fähigkeiten, ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit erfolgt ist.

Die Kläger beschweren sich zunächst mit Recht darüber, daß der Berufungsrichter in der Anstellung der Exmissionsklage und der dadurch veranlaßten Räumung der Lokale seitens der Frau L. kein Zuwiderhandeln des Beklagten gegen den Vertrag gefunden hat. Es waltet kein Streit darüber ob, daß die Frau L. nur ausgezogen ist, um der Exmission auf Grund des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheils zu entgehen. Der Berufungsrichter sagt auch selbst, eine Räumung unter solchen Umständen stehe einer Exmission auf Grund des Urtheils gleich. Er erkennt ferner an einer anderen Stelle an, die „freiwillige" Räumung sei von dem Beklagten durch den Vorprozeß veranlaßt worden. Den alleinigen Grund für seine Entscheidung bildet die Erwägung, daß Beklagter zur Zeit der Räumung einen Vollstreckungsauftrag noch nicht ertheilt hatte. Diesem Umstand kommt jedoch die Bedeutung, welche der Berufungsrichter ihm beilegt, nicht zu. Denn die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils war nicht von Amtswegen, sondern auf Antrag des Beklagten ausgesprochen (C.P.O. § 649 Nr. 1). Es läßt sich aber nicht annehmen, daß der Beklagte gezögert hätte, von dem ihm auf seinen Antrag beigelegten Recht Gebrauch zu machen. Es muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß die Ehefrau L. durch das von dem Beklagten veranlaßte Verfahren widerrechtlich aus den Miethsräumen vertrieben ist, und es bedurfte der richterlichen Prüfung, ob hierin unter den obwaltenden Umständen eine den Beklagten zum Schadens-

ersatz verpflichtende Handlung zu finden ist, und ob dieselbe sich als auf grobem Verschulden (sofern dieses nothwendig ist) beruhend darstellt.

Daß die anderweite Vermiethung der Wohnung eine Vertragsverletzung durch den Beklagten enthält, nimmt der Berufungsrichter an. Er verneint jedoch ein grobes Verschulden des Beklagten, weil dessen Behauptung, er habe mit der Frau L. monatliche Kündigung verabredet, durch ihren Eid im Vorprozesse nicht auch für den gegenwärtigen Prozeß formell widerlegt sei, und ein Irrthum über mündliche Abreden möglich erscheine. Er erwägt weiter, daß Beklagter schon im Vorprozesse behauptet habe, daß von ihm im April zum 1. Oktober 1886 gekündigt worden sei. Diese Entscheidungsgründe sind unklar und ungenügend. Wer vertragsmäßig Pflichten übernommen hat, haftet für die Erfüllung derselben. Das Versprechen der Erfüllung einer eigenen Handlung enthält zugleich die Zusicherung, zur Erfüllung bereit und im Stande zu sein (Entsch. des R.O.H.G. Bd. 14 S. 19). Beruht die Weigerung der Erfüllung auf einem willkürlichen, freien Entschlusse des Verpflichteten, so muß er diesen vertreten und darf sich nicht damit schützen, daß er in Folge von nicht bewiesenen Abreden oder Handlungen angenommen habe, er sei der Pflicht zur Erfüllung überhoben. Die Aufmerksamkeit, zu welcher das Gesetz jeden Kontrahenten verpflichtet, wird vielmehr gröblich verletzt, wenn Jemand auf angenommene Möglichkeiten hin gegen den Vertrag handelt. Wenn ferner der Berufungsrichter auf die Abreden zwischen dem Beklagten und der Frau L. nach der Verhaftung ihres Mannes Gewicht legen wollte, um das Verschulden des Beklagten abzumessen, so hätte es zuvor einer Erörterung bedurft, inwiefern dieselben für das Recht des Ehemannes L. von Erheblichkeit waren und den von diesem mit dem Beklagten abgeschlossenen schriftlichen Vertrag ändern konnten. An einer Entscheidung in dieser Beziehung fehlt es aber. Sonach ist nicht anzunehmen, daß die Gründe für die Feststellung, es liege kein grobes Versehen des Beklagten vor, genügen, um die Anwendung des § 18 A.L.R. I. 3 auszuschließen. Es bedarf vielmehr, sofern es auf eine Entscheidung über das grobe oder mäßige Versehen des Beklagten noch ankommt, einer anderweiten Prüfung und Beurtheilung der vom Beklagten zur Rechtfertigung seines Verhaltens angeführten Gründe.

Nr. 46.

Beginnt die Frist zur Erklärung über den Erbschaftsantritt für testamentarisch eingesetzte Erben, auch wenn sie pflichttheilsberechtigt sind, erst mit dem Tage, an welchem ihnen das Testament eröffnet ist?

A.L.R. I. 9 § 384, I. 12 § 242.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 11. März 1889 in Sachen B., Klägers, wider Z. und Gen., Beklagte. IV. 219/88.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Stettin ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagten sind von dem Kläger als angeblich vorbehaltslose Erben ihres im Jahre 1882 verstorbenen Vaters, des Mühlenbesitzers Friedrich H., wegen einer Judikatsforderung in Höhe von 1600 M. nebst Zinsen in Anspruch genommen. Von ihnen haben die unter 1, 2, 3, 5, 6 aufgeführten Beklagten den Einwand erhoben, daß sie der Erbschaft nach ihrem Vater in rechtsgiltiger Weise entsagt haben, und der Berufungsrichter hat diesen Einwand für durchgreifend erachtet.

Wie als unstreitig festgestellt ist, hat der Mühlenbesitzer Friedrich H. im Jahre 1862 mit seiner demnächst vor ihm verstorbenen Ehefrau ein wechselseitiges Testement errichtet, in welchem er neben seiner Frau die Beklagten als Erben eingesetzt hat. Dieses Testament ist nach Anstellung der gegenwärtigen Klage auf den Antrag der Beklagten zu 6 vom 20. Mai 1887 am 3. Juni 1887 publizirt, und haben darauf innerhalb der nächstfolgenden sechs Wochen die bezeichneten Beklagten die Erbschaftsentsagung erklärt.

Der Kläger hat letztere als unwirksam angefochten, indem er geltend gemacht hat: gegen die Beklagten als pflichttheilsberechtigte Erben habe die Frist zur Erklärung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft mit dem Tage der erlangten Kenntniß von dem Tode des Erblassers ihren Anfang genommen, diese Kenntniß, sowie die Kenntniß von der Existenz und dem Inhalte des Testaments sei ihnen aber noch im Jahre 1882 zugegangen, und wenn sie trotzdessen die Testamentseröffnung erst im Jahre 1887 beantragt hätten, so sei dies nur geschehen, um zu seiner, des Klägers, Schädigung noch jetzt eine Erbschaftsentsagung erklären zu können.

Diesem Rechtsbehelfe ist der Berufungsrichter aus Gründen entgegengetreten, die von der Revision vergeblich angefochten werden.

Wie gegenwärtig in Praxis und Theorie als unbestritten anzu-

ehen ist, entsteht nach dem hier maßgebenden preußischen Rechte, wenn ein Testament errichtet ist, die Pflicht zur Erklärung über den Antritt der Erbschaft für die im Testamente eingesetzten Erben, und zwar auch für solche, welche pflichttheilsberechtigt sind, erst mit dem Tage, an welchem ihnen das Testament eröffnet worden ist.

Vgl. Entscheidungen des preußischen Obertribunals Bd. 20 S. 10; Striethorst's Archiv Bd. 75 S. 124, Bd. 90 S. 231, Bd. 92 S. 132, Bd. 96 S. 211; Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 12 S. 436; das in Gruchot's Beiträgen Bd. 25 S. 725 abgedruckte Urtheil des Reichsgerichts vom 20. Oktober 1880; Bornemann, System, II. Ausgabe Bd. VI S. 293; Förster-Eccius, Theorie 2c. V. Auflage Bd. IV § 269 S. 529, 530; Dernburg, Preußisches Privatrecht, III. Auflage Bd. III §§ 215, 218 Anmerkung 12, S. 617, 629; Hinschius in Koch's Kommentar zum A.L.R. VIII. Auflage Anmerkung 38 zu § 384 I. 9.

Nach § 367 A.L.R. I. 9 fällt die Erbschaft an denjenigen, welchen rechtsgiltige Willenserklärungen des Erblassers und in deren Ermangelung die Vorschriften der Gesetze dazu berufen. Wenn also der Erblasser ein Testament errichtet hat, so bildet sein Wille allein den Grund des Erbanfalls. Der Erbe kann sich aber auf den Willen des Erblassers nur dann wirksam berufen, wenn der Wille äußerlich in die Erscheinung getreten ist, und dies geschieht durch die Publikation des Testaments. Es verordnet deshalb auch der § 242 A.L.R. I. 12, daß aus einem giltigen Testamente der eingesetzte Erbe das Recht erwirbt, nach *Publikation desselben* die Erbschaft anzutreten und in Besitz zu nehmen, und hieraus folgt, daß, wenn der § 384 I. 9 ebenda dem Erben zur Erklärung über den Antritt oder die Entsagung der Erbschaft eine Frist von sechs Wochen „*nach erlangter Wissenschaft*" verstattet, das Gesetz für den Fall der testamentarischen Erbfolge die erhaltene Kenntniß des Erben von dem Inhalte des *publizirten* Testaments im Auge hat. Dies liegt auch in der Natur der Sache. Denn der Testamentserbe hat die Erbschaft *dem Testamente gemäß*, d. h. in der vom Erblasser gewollten Art, zu übernehmen, und deshalb kann er sich über den Antritt nicht bindend erklären, so lange ihm nicht der Inhalt des Testaments zuverlässig bekannt geworden ist. — Der eingesetzte Erbe, welcher *pflichttheilsberechtigt* ist, nimmt der streitigen Frage gegenüber keine Sonderstellung ein. In Bezug auf ihn findet das

Vorgesagte nicht weniger Anwendung. Auch er erlangt zuverlässige Kenntniß von dem Inhalte des Testaments erst durch dessen Eröffnung. Denn die ihm etwa beiwohnende Privatwissenschaft, daß ihn der Erblasser in einem von ihm errichteten Testamente als Erben eingesetzt hat, kann rechtlich nicht in Betracht kommen, da die Möglichkeit nicht ausgeschlossen erscheint, daß das Testament hinterher zurückgenommen oder abgeändert ist. Dazu tritt, daß, wie vom Berufungsrichter zutreffend hervorgehoben ist, dem Pflichttheilsberechtigten als solchem, soweit sein Anspruch auf den Pflichttheil in Frage steht, ein Miterbrecht an den Nachlaß nicht zusteht, sondern nur ein Forderungsrecht auf eine dem Pflichttheil entsprechende Summe,

vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 6 S. 347 und Bd. 21 S. 272,

und daß er deshalb, solange nicht durch die Publikation des Testaments festgestellt, daß er als Erbe eingesetzt, zur Abgabe einer Erklärung über Antritt oder Entsagung der Erbschaft nicht legitimirt ist. — Zum Antrage auf Publikation des Testaments ist der Erbe nicht verpflichtet. Der Kläger darf daher auch aus dem Umstande, daß die Beklagten die Eröffnung des väterlichen Testaments nicht sogleich nach dem Tode des Vaters nachgesucht haben, einen Einwand zu seinen Gunsten nicht herleiten, und kann von der Schädigung der Rechte des Klägers durch eine beklagterseits verschuldete Verzögerung der Testamentspublikation um so weniger die Rede sein, als nach § 213 A.L.R. I. 12 jeder, der ein wahrscheinliches Interesse bei der Sache anzugeben vermag, auf die Publikation des Testaments antragen darf, also auch der Kläger als Gläubiger des Nachlasses die Publikation zu erwirken in der Lage gewesen wäre.

Nr. 47.

1. Anwendbarkeit des § 660 A.L.R. I. 9 auf den Singularnachfolger.
2. Befugniß der Generalkommissionen, bei Gemeinheitstheilungen an Stelle der Regierung (resp. jetzt des Kreisausschusses) das Interesse von Dorfgemeinden wahrzunehmen.

A.L.R. II. 7 § 35. Verordn. vom 20. Juni 1817 § 17. Verordn. vom 30. Juni 1834 § 11.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 2. Januar 1889 in Sachen der Landgemeinde Schöneberg, Klägerin, wider H. u. Gen., Beklagte. V. 250/88.)

Die Revision der Klägerin wider das Urtheil des preuß. Kammergerichts ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagten sind im Grundbuch als Eigenthümer der beiden streitigen Grundstücke eingetragen. Die klagende Gemeinde behauptet, das Eigenthum der letzteren durch Ersitzung bereits erworben zu haben, ehe die Eintragung derselben als selbständige Grundstücke auf den Namen der Beklagten im Grundbuch erfolgt sei. Jeder Theil verlangt in Klage und Widerklage Anerkennung des prätendirten Eigenthums mit den daraus folgenden Konsequenzen.

Der Berufungsrichter hat in Bestätigung des erstrichterlichen Erkenntnisses zur Klage abgewiesen, zur Widerklage verurtheilt.

Er stellt fest, daß die streitigen Grundstücke durch Gemeinheitstheilungs-Rezeß von 1833 dem Rechtsvorgänger der Beklagten als ungetrennter Theil des ihm bei der Theilung zugewiesenen Plans eigenthümlich zugefallen seien. In dem Rezesse seien die Grenzen dieses Plans, da wo die Streitstücke liegen und an das betreffende Gemeindegrundstück anstoßen, klar bestimmt. Die Gemeinde Alt-Schöneberg, zu welcher die getheilte Gemeinheit gehörte und als deren Rechtsnachfolgerin die Klägerin auftritt, sei zwar namentlich nicht zu dem Rezesse zugezogen worden, wohl aber sei dies der Fall gewesen hinsichtlich sämmtlicher stimmberechtigten Mitglieder derselben, insbesondere auch des Schulzen und der beiden Gerichtsmänner, denen bis zur Einführung der Landgemeinde-Ordnung vom 14. April 1856 die Vertretung der Gemeinde und die Wahrung der Grenzen des Dorfes und der Feldmarken obgelegen habe. Deshalb sei die Gemeinde Alt-Schöneberg bei dem Rezesse nach Absicht der Betheiligten Mitkontrahentin gewesen, und müsse die Klägerin denselben wider sich gelten lassen. Bei der im Rezesse enthaltenen „klaren" Grenzbestimmung komme für die behauptete Ersitzung der § 660 A.L.R. I. 9 zur Anwendung. Der darin geforderte Zeitraum von 50 Jahren sei aber nicht nachgewiesen. Denn die nach der eigenen Erklärung der Klägerin nicht vor 1812 begonnene Ersitzung sei durch den Rezeß von 1833 unterbrochen worden. Eine von da ab neu begonnene Ersitzung sei aber jedenfalls, wenn nicht schon früher, unterbrochen worden durch die Zurückführung des Grundbuchblattes, auf welchem der betreffende Plan für die Beklagten eingetragen gewesen, auf das Grundsteuerbuch. Dies sei am 2. Dezember 1880 geschehen, bis wohin es von 1833 an wiederum an einem Zeitraum von 50 Jahren fehle.

Die gegen dieses Urtheil eingelegte Revision konnte keinen Erfolg haben. Sie macht zwei Angriffe.

Zunächst rügt sie als rechtsirrthümlich und mangelhaft begründet die Annahme des Berufungsrichters, es sei die Gemeinde Alt-Schöneberg Mitkontrahentin des Rezesses gewesen. Es erhelle in keiner Weise, woraus die Absicht der Kontrahenten gefolgert werde, die Vereinbarungen sollten für die Gesammtheit der Gemeindeglieder, wie für jeden Einzelnen verbindlich sein. Selbst wenn dies aber auch der Fall gewesen sein möchte, so ermangele der Rezeß, soweit es sich um Korporationsvermögen handle, der Genehmigung der vorgesetzten Behörde.

Greife aber der Rezeß der Gemeinde gegenüber nicht Platz, so genüge zur Ersitzung, auch wenn man sie erst vom Abschluß des Rezesses an beginnen lassen wolle, der Zeitraum bis 1880, weil es dann nur der 30jährigen Ersitzung bedürfe.

Sodann rügt die Revision eine Verletzung des angezogenen § 660, weil es sich um eine dort vorgesehene Grenzüberschreitung nicht, sondern um die Ersitzung eines ganzen Grundstücks handle.

Diese Angriffe sind aus folgenden Gründen nicht zutreffend. § 660 a. a. O. lautet:

„Wenn die Grenzen einer Sache oder eines Rechts durch Gesetze, Verträge oder rechtskräftige Erkenntnisse klar bestimmt sind, so kann die Befugniß, diese Grenzen zu überschreiten, nur durch fünfzigjährige Präskription erworben werden."

Es muß zugegeben werden, daß die in Verträgen erfolgte Grenzbestimmung in Bezug auf das Erforderniß eines 50jährigen Zeitraums nur Anwendung findet auf die an dem Vertrage Betheiligten, das folgt schon aus dem Gegensatz zwischen Gesetzen, als allgemein Jedermann bindenden Normen, und Verträgen und Erkenntnissen, welche nur unter Parteien bindend sind. Jedoch hat die konstante Praxis des früheren preußischen Obertribunals,

vergl. Ober-Tribunals-Entscheidungen Bd. 58 S. 140 u. Striethorst Bd. 95 S. 123,

der sich das Reichsgericht angeschlossen hat,

vergl. Gruchot's Beiträge Bd. 25 S. 967,

unter Zustimmung der herrschenden Doktrin,

vergl. Eccius, V. Aufl. Bd. 3 S. 242, § 178 Nt. 120, Dernburg, IV. Aufl. Bd. 1 S. 449, § 179 Nt. 12,

angenommen, daß der § 660 a. a. O. auch für den Singularsukzessor maßgebend sei.

Für die Anwendung des § 660 auf den vorliegenden Fall muß

also zunächst feststehen, daß nicht bloß die Grundfläche, welche die streitigen Grundstücke bei der Theilung in sich schloß, sondern auch diejenige, an welche sie mit dem streitigen Theil angrenzte, Gegenstand der Theilung gewesen ist. Es ist dies nach der Handzeichnung des Steuerinspektors Z. die sogenannte Fichtenkoppel, welche in dem vom Berufungsrichter bezogenen Thatbestand des ersten Richters als das der Bauern- und Kossäthen-Genossenschaft gehörige, im Osten an die zusammenhängenden Streitstücke angrenzende Grundstück bezeichnet wird. Dasselbe wird auch „Gemeindeland" genannt, und der erste Richter giebt in seinen Entscheidungsgründen die Behauptung der Klägerin wieder, sie habe die Streitstücke so besessen und genutzt, als ob sie zu dem im Osten unstreitig ihr gehörigen Gemeindelande gehörten. Ebenso identifizirt der Berufungsrichter die der genannten Genossenschaft gehörige Fichtenkoppel mit Gemeindeland durch die Feststellung „die beiden (streitigen) Parzellen stoßen im Osten an ein benachbart liegendes Gemeindegrundstück an."

Daß dieses Grundstück von der Separation befaßt wurde, ist zwar nirgends ausdrücklich festgestellt, der Berufungsrichter ist aber unzweifelhaft auf Grund des Rezesses, der ihm vorgelegen hat und der darüber keine Zweifel läßt, thatsächlich davon ausgegangen.

Muß man nun nach diesen thatsächlichen Feststellungen annehmen, daß in dem Rezesse eine sowohl den Rechtsvorgänger der Beklagten, als auch den damaligen Eigenthümer der Fichtenkoppel binden sollende Grenzbestimmung, die nach der nicht angegriffenen weiteren Feststellung des Berufungsrichters im Sinne des angezogenen § 660 eine „klare", d. h. mit voller Sicherheit zu ermittelnde ist, hat gegeben werden sollen, so fragt es sich nur, ob jener Eigenthümer in gehöriger Weise zum Rezeß zugezogen worden ist. Eigenthümer war oder wurde damals die Genossenschaft der Bauern und Kossäthen der Gemeinde Alt-Schöneberg, d. h. die Gemeinschaft der angesessenen Wirthe, welche nach § 18 A.L.R. II. 7 die Dorfgemeinde ausmachten. Nach der Feststellung des Berufungsrichters sind die sämmtlichen stimmberechtigten Mitglieder der letzteren einschließlich des Schulzen und des Schöppen zugezogen worden, also alle diejenigen, welche theils für ihre einzelne Person, theils als Mitglieder der Genossenschaft der bäuerlichen Wirthe bei der Theilung interessirt waren. Aus diesem derzeitigen Interesse und aus der besonderen Pflicht des Schulzen und der Schöppen, wie sie in den §§ 56 und 58 daselbst vorgeschrieben war, entnimmt der Berufungsrichter den Vertragswillen auch in Be-

treff des der Gemeinschaft der Bauern und Kossäthen zugewiesenen Grundstücks. Es bedurfte dafür auch keiner weiteren Begründung. Denn es erscheint selbstverständlich, daß die Richtung und der Inhalt des Vertragswillens sich verschieden und von selbst bestimmte, je nachdem sich für den einzelnen Kontrahenten als Gegenstand der Verhandlung und Ueberweisung ein Grundstück darbot, welches ihm allein, oder ein Grundstück, welches ihm in Gemeinschaft mit anderen zufallen sollte.

Unter diesen Umständen hat der Berufungsrichter mit Recht kein Gewicht darauf gelegt, daß die Gemeinde Alt-Schöneberg unter diesem Namen nicht zum Abschluß des Rezesses zugezogen worden ist. Es handelte sich auch nicht um das Eigenthum der ganzen Gemeinde, sondern nur um das der darin angesessenen Wirthe.

Was aber die in Zweifel gezogene Verfügungsmacht der in ihren stimmberechtigten Mitgliedern und ihren gesetzlichen Vertretern kontrahirenden Genossenschaft angeht, so übersieht die Revision bei ihrem Angriffe, daß nach § 17 der Verordnung vom 20. Juni 1817 wegen Organisation der General-Kommissionen in Verbindung mit § 11 der Verordnung vom 30. Juni 1834 der General-Kommission, unter beliebiger aber nicht nothwendiger Konkurrenz der Regierungen bei Dorfgemeinden, die Wahrnehmung des Interesses der Korporationen bei Gemeinheitstheilungen übertragen worden ist, und daß nach den §§ 169—171 der angezogenen Verordnung von 1817 ein bestätigter Rezeß sich einer Anfechtung, wie der hier versuchten, durchaus entzieht.

Der zweite Angriff, es verwechsele der Berufungsrichter die in § 660 gedachte Grenzüberschreitung mit der hier in Frage stehenden Ersitzung eines ganzen Grundstücks, erledigt sich schon dadurch, daß die Streitstücke einen ungetrennten Theil des dem Rechtsvorgänger der Beklagten durch den Rezeß überwiesenen Gesammtplanes gebildet und erst später besondere Nummern im Grundsteuerbuche erhalten haben.

Nr. 48.

Können durch die Kenntniß des Erwerbers eines Grundstücks von dem früher entstandenen Erwerbstitel eines Dritten persönliche Ansprüche gegen den Erwerber begründet werden?

A.L.R. I. 10 § 25. E.E.G. § 4.

(Urtheil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 25. März 1889 in Sachen der D.'schen Eheleute, Kläger, wider G. und Gen., Beklagte. VI. 341/89.)

Die Revision der Kläger wider das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Königsberg ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Eigenkäthner Julius und Marie L.'schen Eheleute haben unterm 28. Januar 1883 mit den Klägern einen Tauschvertrag über Grundstücke geschlossen. Die beiderseitige Uebergabe der Grundstücke ist am 1. Februar 1883 erfolgt; auch haben Kläger in Anrechnung auf die von ihnen zu leistende Baarzahlung 300 M. an einen Gläubiger ihrer Mitkontrahenten gezahlt. Die Auflassung der Grundstücke erfolgte aber nicht; vielmehr wurde das L.'sche Grundstück am 15. Mai 1886 dem Mitbeklagten Gb. und von diesem am 16. Juni 1886 dem zweiten Beklagten Gg. aufgelassen. Die Kläger haben gegenwärtig beantragt, die Beklagten solidarisch zu verurtheilen, die Auflassung des früher L.'schen Grundstückes an sie in Gemäßheit der Bestimmungen des Tauschvertrags und die Herausgabe des Grundstücks an sie, die Kläger, zu bewirken, eventuell an sie, die Kläger, 500 M. nebst 5 % Zinsen seit dem 15. Mai 1886 zu zahlen. Der letztere Antrag ist in der Berufungsinstanz auf den Ersatz von Kosten und Ausgaben für Unterhaltung des Grundstücks, die Kläger in Anlaß des Tauschvertrags gemacht haben wollen, ausgedehnt. Der Klageantrag wird darauf gestützt, daß die Beklagten, bevor sie das L.'sche Grundstück erworben, den mit den Klägern darüber abgeschlossenen Kaufvertrag gekannt, und mithin an dem von den L.'schen Eheleuten gegen sie, die Kläger, durch die anderweitige Veräußerung des Grundstücks verübten Betrug Theil genommen hätten. Es ist nicht behauptet, daß die L.'schen Eheleute bereits bei Abschluß des Tauschvertrags mit den Klägern die Absicht gehabt hätten, den Vertrag nicht zu erfüllen, vielmehr die letzteren durch Auflassnng des Grundstücks an die Beklagten zu benachtheiligen. Die Klage stützt sich nur darauf, daß die Beklagten sich das Grundstück haben auflassen lassen, obgleich ihnen der den Klägern zustehende Titel zur Erwerbung desselben bekannt war. Mit Recht und aus zutreffenden Gründen hat das Berufungsgericht angenommen, daß diese Thatsache einen Entschädigungsanspruch gegen die Beklagten nicht begründen kann. Wenn auch der Wortlaut des § 4 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 nicht jeden Zweifel darüber ausschließt, ob die Bestimmung des § 25 A.L.R. I. 10 vollständig für Grundstücke hat beseitigt oder nur die dingliche Wirkung dieser Vorschrift hat aufgehoben werden

sollen, so ergeben doch die Materialien zu dem Gesetze, daß der erwähnte Paragraph des A.L.R. für Grundstücke überhaupt keine Geltung mehr haben, und daß die Kenntniß des Erwerbers eines Grundstücks von einem früher entstandenen Erwerbstitel eines Dritten für sich allein auch persönliche Ansprüche nicht begründen soll. Es heißt in den Motiven zu dem Entwurfe des Eigenthumsgesetzes: „dieser Fall legt die Frage nahe, ob denn in dem Umstand allein, daß der Erwerber Kenntniß von dem älteren Titel eines Anderen hat, eine Schlechtgläubigkeit überhaupt zu finden ist. Dies muß aber offenbar verneint werden. Wer zeitiger dafür Sorge getragen hat, daß sein durch den Titel begründetes Recht zur Sache ein dingliches wird, begeht weder etwas Unmoralisches, noch auch nur etwas Unbilliges, selbst wenn er weiß, daß ein Anderer dazu ebenso berechtigt gewesen wäre; unterläßt dieser, eine gleiche Sorge für sein eigenes Recht zu tragen, so hat er den ihm daraus entstehenden Nachtheil sich selbst zuzuschreiben." (Werner, die preußischen Grundbuch- und Hypothekengesetze II. S. 14.)

Bei den Verhandlungen in den Kammern ist zwar der im § 4 des Eigenthumsgesetzes enthaltene Grundsatz angegriffen; über die Tragweite desselben ist aber eine von den Motiven abweichende Ansicht nicht zu Tage getreten. (Werner, a. a. O. S. 45 ff., S. 68, 72, 73 ff., 110, 124, 142 ff.)

Nr. 49.

1. Form einer Schenkung, welche durch Zession von Hypotheken erfolgen soll.
A.L.R. I. 11 §§ 1065. 393.

2. Erlöschen des Auftrages durch den Tod des Auftraggebers?
A.L.R. I. 13 §§ 186 ff.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 16. Februar 1889 in Sachen S., Klägerin, wider W., Beklagten. V. 315/88.)

Auf die Revision der Klägerin ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Naumburg aufgehoben, und die Sache in die zweite Instanz zurückverwiesen.

Thatbestand:

Der am 10. Januar 1888 verstorbene Vater und Erblasser des Beklagten hat am 20. April 1886 eine notariell beglaubigte Urkunde ausgestellt, worin er erklärt, daß er seine beiden auf dem Grundbesitz des Apothekers Br. in Naumburg eingetragenen Hypotheken von 5000 Thlr. und 7000 Thlr. unter Vorbehalt des Zinsgenusses auf

seine Lebenszeit an die Geschwister S. zedire, und zwar jene 5000 Thlr. und von den 7000 Thlrn. einen Betrag von 1000 Thlr. an Bernhard S. und die übrigen 6000 Thlr. an Anna S., sowie daß er die Umschreibung der Hypotheken auf Bernhard beziehungsweise Anna S., nach Bildung von Theilurkunden, beantrage. Die Umschreibung im Grundbuche ist am 22. April 1886 erfolgt; die drei bezüglichen Hypothekenurkunden sind vom Grundbuchrichter an den die Umschreibung beantragenden Notar B. zurückgegeben worden, und dieser hat sie dem Zedenten ausgehändigt, aus dessen Nachlaß der Beklagte dieselben an sich genommen hat.

Im gegenwärtigen Prozeß klagt die Anna S. auf Herausgabe der ihr zedirten Hypothekenurkunde, indem sie behauptet, daß ihr die Hypothek der 7000 Thlr. zum Belauf von 6000 Thlr. vom Erblasser des Beklagten geschenkt worden sei.

Der Beklagte bittet um Abweisung der Klage und widerklagend: die Klägerin zur Umschreibung der fraglichen Hypothek auf seinen, des Beklagten, Namen zu verurtheilen. Er giebt zu — wie es im Thatbestande des ersten Urtheils heißt, — daß sein Vater bei Ausstellung der Zessionsurkunde eine Schenkung an die Klägerin beabsichtigt habe, bestreitet aber die Gültigkeit der Schenkung, da ihr die gerichtliche Form und eventuell die Vollziehung, nämlich Uebergabe der Dokumente und Benachrichtigung an die beschenkte Klägerin, fehle.

Hierauf erwiderte die Klägerin, welche um Abweisung der Widerklage bittet: die Schenkung sei durch Zession vollzogen, habe also keiner weiteren Form bedurft, und für die Zession sei eine Uebergabe der Urkunde nicht erforderlich, eventuell würde diese durch Eintragung der Zession und Umschreibung des Postens im Grundbuche ersetzt sein. Seine Schenkungsabsicht habe der Zedent vor und nach der Zession ausgesprochen; direkte Nachricht über die Schenkung habe freilich die Klägerin erst nach dem Tode des Schenkers durch den Hypothekenschuldner Br. erhalten, aber der Schenker habe diese Benachrichtigung angeordnet.

Letzteres bestreitet der Beklagte.

In erster Instanz ist der Beklagte nach dem Klageantrage unter Abweisung der Widerklage verurtheilt worden.

In der Berufungsinstanz hat der Beklagte bestritten, daß der Zession eine Schenkungsabsicht zu Grunde gelegen habe; wenn sein Anwalt dies in erster Instanz zugegeben habe, so sei das gegen seinen Willen und Auftrag geschehen. Eventuell macht Beklagter geltend,

daß die Schenkung rechtzeitig von ihm durch Anstellung der Widerklage widerrufen worden sein würde.

Die Klägerin hat dies bestritten und noch behauptet, daß der Erblasser des Beklagten schon bei Lebzeiten seine Absicht, ihr die fragliche Hypothek zu schenken, gegen sie selber erklärt und daß sie dieses Versprechen angenommen habe; sowie daß derselbe den Notar B. beauftragt habe, ihm die Hypothekendokumente wieder einzuhändigen, um sie bis zu seinem Tode für die Beschenkten zu verwahren; nach seinem Tode hätten Letztere sie erhalten sollen; und ebenso habe B. im Auftrage des Erblassers die Abschrift der Zessionsurkunde dem Schuldner Br. für die Beschenkten, welche nach dem Willen des Erblassers Nachricht von der Zession hätten erhalten sollen, mitgetheilt und Br. habe die Abschrift nach dem Tode des Erblassers an die Klägerin übersandt.

Beklagter hat diese Behauptungen bestritten.

Vom Berufungsgericht ist das erste Urtheil aufgehoben, die Klage abgewiesen, und die Klägerin nach dem Antrage der Widerklage verurtheilt worden.

Entscheidungsgründe:

Die Beschwerde der Klägerin darüber, daß der Berufungsrichter ihre Behauptung über die schon bei Lebzeiten des Erblassers erfolgte Abgabe und Annahme eines Zessionsversprechens für unerheblich erklärt hat, ist nicht gerechtfertigt. Da die Klägerin sich selbst darauf beruft, daß jenem Versprechen eine Schenkungsabsicht zu Grunde gelegen habe, so hätte der angebliche Zessionsvorvertrag (pactum de cedendo), um Rechtswirkungen zu erzeugen, in der für Schenkungsverträge vorgeschriebenen gerichtlichen Form (A.L.R. I. 11 § 1063) abgeschlossen werden müssen, was nicht geschehen ist. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob der Berufungsrichter ohne Beweiserhebung, beziehungsweise ohne die Klägerin zu einer Beweisantretung aufzufordern, feststellen durfte, daß in jener Behauptung der Klägerin noch kein definitives Schenkungsversprechen zu finden sei.

Es kommt vielmehr lediglich darauf an, ob die angebliche Schenkung der Forderung durch Uebergabe (Zession) vollzogen und dadurch nach § 1055 A.L.R. I. 11 der Rückforderung aus dem Grunde der Ermangelung eines gerichtlichen Vertrages entzogen worden ist. Die jetzigen Versuche der Klägerin, eine Vornahme der Zession schon für die Lebenszeit des Erblassers des Beklagten nachzuweisen, sind mißlungen. Zur Zession der Hypothek

bedurfte es zwar nicht einer Uebergabe des Hypothekenbriefs (Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. IV. S. 227; Bd. X. S. 200), sondern es genügte die Erklärung der Zession durch den Zedenten und die Annahme dieser Erklärung durch die Zessionarin (§ 393 a. a. O.); aber da unbestrittenermaßen jene Erklärung des Zedenten erst nach dessen Tode zur Kenntniß der Klägerin gekommen ist, kann nicht schon bei dessen Lebzeiten die Zession vollzogen worden sein. Was die Klägerin hiergegen einwendet, ist nicht stichhaltig.

Wenn sie sich nämlich zunächst darauf beruft, daß die vom Erblasser bewirkte Umschreibung der Hypothek auf ihren Namen im Grundbuche nach § 19 A.L.R. I. 4 eine Kundgebung der Zession an Jedermann, also auch an sie selber enthalte, so steht dem entgegen, daß dieser Paragraph nur besagt, daß sich Niemand mit der Unwissenheit einer in das Hypothekenbuch eingetragenen Verfügung „entschuldigen" dürfe, woraus keineswegs folgt, daß dritte Personen ohne ihr Wissen und Mitwirken durch bloße Eintragung in's Grundbuch Rechte erwerben können. Und wenn die Klägerin weiter geltend macht, daß Annahmeerklärungen auch schon vor der Offerte abgegeben werden dürften und daß eine derartige Annahme der Zession in ihrer Annahme des Zessionsversprechens zu erblicken sei, so mag dahingestellt bleiben, ob der Abschluß eines Zessionsvorvertrages überhaupt oder unter den vorliegenden Umständen die Annahme der Zessionserklärung selbst überflüssig macht (vgl. §§ 376, 393 A.L.R. I. 11), da selbst im Bejahungsfall die Zessionserklärung erst nach dem Tode des Zedenten der Klägerin gegenüber abgegeben worden, nämlich erst damals der Klägerin zur Kenntniß gekommen ist, also erst damals, und nicht schon bei Lebzeiten des Zedenten, eine Vollendung des Cessionsakts eingetreten sein kann.

Der Berufungsrichter verneint jedoch auch ein Zustandekommen der Zession nach dem Tode des Erblassers des Beklagten, und dem hiegegen gerichteten Angriff der Klägerin kann die Berechtigung nicht abgesprochen werden. Der Berufungsrichter erachtet die Behauptung der Klägerin, daß der Erblasser die Benachrichtigung der Geschwister S. von der Zession angeordnet habe und daß dieser Auftrag ausgeführt worden sei, für unerheblich, weil durch den Tod des Auftraggebers die Befugniß des Beauftragten, als solcher zu handeln, von selbst erloschen sein würde. Es kann nun freilich nicht als rechtsirrthümlich erachtet werden, daß der Berufungsrichter den angeblichen Auftrag des Erblassers nach den Grundsätzen über den

Vollmachtsvertrag beurtheilt, indem die Verlautbarung einer Zessionserklärung, zumal in Verbindung mit der damit zusammenhängenden Entgegennahme der Annahmeerklärung, die Vornahme eines Rechtsgeschäfts für den Auftraggeber enthält, und es kann deshalb unerörtert bleiben, ob die von der Klägerin eventuell versuchte Aufstellung, daß es sich hier nur um einen aufgetragenen Botendienst gehandelt habe, in Rücksicht auf den vor Ausrichtung der Botschaft eingetretenen Tod des Auftraggebers zu einem für die Klägerin günstigeren Resultat führen würde. Mit Recht wird dagegen die Annahme des Berufungsrichters angegriffen, daß der Vollmachtsauftrag durch den Tod des Auftraggebers von selbst erloschen sei. Es mag hier wiederum dahingestellt bleiben, ob der Auftrag zu dem erst nach dem Tode des Erblassers auszurichtenden Geschäft, wie die Klägerin geltend macht, unter die im § 190 A.L.R. I. 13 angeordnete Ausnahme von der Regel des Erlöschens der Vollmacht durch den Tod des Machtgebers fällt: wenn das aufgetragene Geschäft „von der Natur ist, daß es erst nach dem Tode des Machtgebers ausgeführt werden kann".

Vgl. darüber Entscheidungen des Obertribunals Bd. 67 S. 101; auch Striethorst, Archiv, Bd. 81 S. 22 ff.; Rehbein, Entscheidungen des Obertribunals Bd. 2 S. 557, 558; Eccius, Preußisches Privatrecht Bd. 2 § 141 Anmerkung 169.

Aber wenn der Auftrag dahin ging, daß das Geschäft erst nach dem Tode des Machtgebers ausgerichtet werden sollte, so fiel derselbe unter die im § 186 daselbst zugelassene Ausnahme von der regelmäßigen Erlöschung durch den Tod des Machtgebers: wenn der Auftrag nicht mit auf die Erben ausdrücklich gerichtet ist. Zu einer ausdrücklichen Richtung auf die Erben bedarf es nicht des Gebrauchs bestimmter Worte, sondern nur überhaupt eines Willensausdrucks, und dieser liegt unverkennbar vor, wenn der Auftrag für die Zeit nach dem Tode des Machtgebers, wie angeblich hier, ertheilt worden ist.

Die diesfällige Behauptung der Klägerin war darum nicht unerheblich, wie der Berufungsrichter angenommen hat.

Nr. 50.

Wechselseitiges Testament. Bleibt ein in demselben getroffener Vorbehalt in Betreff der Rechtsgültigkeit außergerichtlicher Verfügungen (Kodizille) nach dem Antritt der Erbschaft seitens des überlebenden Ehegatten in

Kraft? Bewirkt die Bedingtheit der Erbeseinsetzung auch eine Bedingtheit des Testaments?

Anh. § 35 zu A.L.R. I. 12 § 163.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 16. Mai 1889 in Sachen F., Beklagten, wider B., Klägerin, IV. 48/89.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preuß. Kammergerichts ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Geheime Regierungsrath M. und dessen Ehefrau haben sich in ihrem am 5. August 1852 gerichtlich errichteten wechselseitigen Testamente gegenseitig zu Erben ihres gesammten Nachlasses mit der Bestimmung eingesetzt, daß jeder darüber sowohl unter Lebenden als von Todeswegen frei und ganz nach seinem Belieben zu verfügen berechtigt sein sollte. Das Testament enthält im § 7 den beiderseitigen Vorbehalt:

„diesen unsern letzten Willen auch durch außergerichtliche Aufsätze und außergerichtliche Verfügungen ganz oder theilweise aufzuheben zu ergänzen oder abzuändern, und es sollen dergleichen von mir, dem Ehemanne, oder von mir, der Ehegattin, oder von beiden unterschriebene außergerichtliche Verfügungen über unsern Nachlaß oder einzelne Theile desselben gleiche Kraft und Giltigkeit mit diesem unseren Testamente haben."

Der Ehemann ist zuerst — am 21. März 1884 — demnächst — am 12. August 1887 — die Ehefrau gestorben. Der Beklagte hat sich als alleiniger Erbe derselben legitimirt.

Die Parteien streiten über die Giltigkeit eines von der überlebenden Wittwe nach dem Tode des Ehemannes in einem außergerichtlichen, in ihrem Auftrage geschriebenen und von ihr eigenhändig unterschriebenen Kodizill zu Gunsten der Klägerin errichteten Legats, dessen Verabfolgung der Beklagte verweigert.

Das Landgericht hat angenommen, der Vorbehalt des § 7 des wechselseitigen Testaments sei mit dem Tode des erstverstorbenen Ehemanns erledigt und das nach dem Tode desselben errichtete Kodizill der überlebenden Ehefrau, da zur Zeit seiner Errichtung das wechselseitige Testament nicht mehr rechtsbeständig gewesen, Mangels der gesetzlichen Form rechtsunwirksam; soweit nicht bis zum Tode des einen Testators letztwillige Verfügungen in oder neben dem Testamente getroffen seien, gehe der Nachlaß in das freie unbeschränkte Eigenthum des überlebenden Erblassers über; mit dem Erbanfall an

die überlebende Ehefrau sei daher das Testament, und damit auch der Kodizillarvorbehalt des § 7 endgiltig erledigt worden, so daß das spätere Kodizill der Wittwe nicht mehr auf diesen Vorbehalt sich stützen kann.

Die Auffassung des Berufungsgerichts dagegen geht dahin: gesetzlich (§§ 277 ff. A.L.R. I. 12) treten, wenn der eingesetzte Erbe oder die eingesetzten Erben die Erbschaft nicht annehmen können oder wollen, in Ermangelung eines Substituten die Intestaterben an die Stelle des eingesetzten Erben, dergestalt, daß sie gleich diesen den Verordnungen des Erblassers in Ansehung der Vermächtnisse und sonst Genüge leisten müssen; da nun die allgemeinen Bestimmungen über Testamente, soweit abweichende Vorschriften nicht gegeben seien, auch die wechselseitigen Testamente mitumfassen, so sei der Kodizillarvorbehalt des vorliegenden Testaments auch nach dem Tode des Ehemannes in Kraft geblieben, falls dies die Absicht der Erblasser gewesen und ihr Wille nicht etwa dahin gegangen sei, den Kodizillarvorbehalt nur so lange gelten zu lassen, als beide Ehegatten am Leben wären. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts läßt aber der ganze Inhalt des Testaments diese beschränkende Auslegung nicht zu, vielmehr drücke der § 7 die Absicht der Testatoren aus, sich beiderseitig die Befugniß der Errichtung formloser Kodizille über den Tod des anderen hinaus zu ertheilen; es sei dies namentlich in der Ertheilung der Befugniß, Verfügungen „über unsern Nachlaß" zu treffen ausgedrückt, da hierin gegenseitig die Befugniß ertheilt sei, auch nach dem Tode des andern außergerichtlich letztwillig zu verfügen. Diese Ausführung würde, wenngleich sie an sich eine auf Auslegung des wechselseitigen Testaments beruhende und als solche für das Revisionsgericht maßgebende Willensfeststellung enthält, gleichwohl dem Vorwurfe einer Rechtsnormenverletzung unterliegen, wenn rechtsgrundsätzlich anzunehmen wäre, daß das Testament der Ehefrau dadurch, daß sie Erbin des Mannes wurde, hinfällig geworden sei. Von der Revision ist dies behauptet. Es ist ausgeführt worden, das Testament der Ehefrau M. sei nur auf den bestimmten Fall errichtet gewesen, daß sie vor ihrem Manne sterben würde, und habe jede rechtliche Bedeutung verloren, da sie mit dem Tode desselben seine Erbin geworden; existire aber seitdem ein Testament der Ehefrau nicht mehr, so könne auch die in den §§ 277 ff. A.L.R. I. 12 den an die Stelle des eingesetzten Erben getretenen Intestaterben auferlegte Pflicht der Erfüllung der in dem Testamente errichteten Vermächtnisse

nicht mehr in Frage kommen. Dieser Angriff identifizirt zu Unrecht die letztwillige Verfügung (Testament) mit der darin enthaltenen Erbeseinsetzung und verkennt Bedeutung und Rechtsinhalt des Anhangs-Paragraphen 35 zum A.L.R. Dort ist bestimmt, daß, wenn der Erblasser sich in seinem rechtsbeständigen Testamente die Befugniß vorbehält, dasselbe durch außergerichtliche Aufsätze zu ergänzen oder abzuändern, und es finden sich dergleichen im Nachlasse, sie mit dem Testamente selbst gleiche Kraft haben. Zu den Streitfragen, welche dieser Anhangs-Paragraph veranlaßt hat, gehört die, ob unter dem „rechtsbeständigen Testamente" nur dasjenige zu verstehen, welches auch seinem Inhalte nach als ein solches gelten könne, also eine Erbeseinsetzung enthalte, oder ob darunter jede in der Form eines gerichtlichen Testaments errichtete letztwillige Verfügung zu verstehen sei. Diese Streitfrage hat der Plenarbeschluß des vormaligen preuß. Obertribunals vom 4. März 1861 (Entsch. Bd. 45 S. 1) dahin entschieden, daß zur Rechtsbeständigkeit des nach dem Anh.-§ 35 gestatteten Vorbehalts von Nachzetteln es nicht erforderlich sei, daß die letztwillige Verfügung, in welcher dieser Vorbehalt ausgesprochen wird, zugleich eine Erbeseinsetzung enthalte. Die Gründe dieses Plenarbeschlusses weisen überzeugend nach, daß unter dem Ausdruck „Testament" im Landrecht überwiegend die Form des Testaments ohne Rücksicht auf den Inhalt, also die mit den Förmlichkeiten eines gerichtlichen Testaments versehene letztwillige Verordnung ohne Rücksicht auf eine Erbeseinsetzung zu verstehen, daß namentlich in den von Nachzetteln handelnden §§ 163 ff., 171 I. 12 der Ausdruck Testament in dieser weiteren Bedeutung, und daß in gleicher Weise auch der § 35 des Anhangs aufzufassen sei. Wird von dieser Rechtsauffassung, an welcher festzuhalten ist, ausgegangen, so bewirkt die Bedingtheit der Erbeseinsetzung nicht eine Bedingtheit des Testaments. Es ist daher nicht zuläßig, mit dem landgerichtlichen Urtheil und der sich diesem anschließenden Revisionsbegründung aus dem Nichteintritt der Bedingung der von der Ehefrau erklärten Erbeseinsetzung zu schließen, daß auch der übrige Inhalt ihrer letztwilligen Anordnung hinfällig geworden sei. Damit werden alle diejenigen Forderungen hinfällig, welche die Revision aus dem Nichteintritt der Bedingung hergeleitet hat. Es ist unrichtig, daß ein wechselseitiges Testament seit der Publikation desselben nicht mehr vorhanden gewesen sei; vielmehr blieben, abgesehen von der Erbeseinsetzung, die übrigen Bestimmungen des wechselseitigen Testaments

in fortdauernder Gültigkeit, auch nachdem die überlebende Wittwe nach dem Tode ihres Ehemanns als eingesetzte Erbin die Erbschaft angetreten hatte. Mit Recht ist von dem Vertreter der Revisionsbeklagten darauf hingewiesen worden, daß gesetzlich — §§ 485, 486 A.L.R. II. 1 — wenngleich wechselseitige Testamente schon durch den Widerruf eines der Ehegatten vernichtet werden, dennoch diejenigen Vermächtnisse des andern Ehegatten bestehen bleiben, welche dieser in dem wechselseitigen Testamente anderen, als solchen Personen, die bloß mit dem Widerrufenden als Verwandte oder besondere Freunde verbunden sind, ausgesetzt hat. Auch in diesem Falle ergreift die durch den Widerruf des einen Ehegatten bewirkte Vernichtung des wechselseitigen Testaments nicht den ganzen Inhalt desselben. Und am allerwenigsten ist, wie der Revisionskläger will, darin, daß der überlebende Ehegatte nach Publikation des wechselseitigen Testaments (§ 208 A.L.R. I. 12) von dem Rechte, zu verlangen, daß dasselbe anderweit bis zu seinem Ableben wieder deponirt werde (Anhangs § 43 z. A.G.O.), keinen Gebrauch macht, ein der Zurücknahme eines gerichtlich niedergelegten Testaments gleichstehender Widerruf (§§ 564, 565 A.L.R. I. 12) zu erblicken. Diese den überlebenden Ehegatten eingeräumte Befugniß läßt die Rechtsbeständigkeit des publizirten Testaments unberührt.

Sonach hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, daß das von der überlebenden Ehefrau nach dem Erbschaftsantritt zu Gunsten der Klägerin errichtete Vermächtniß durch den Kodizillarvorbehalt des wechselseitigen Testaments gedeckt wird.

Nr. 51.

Gültigkeit von Legaten bis zum 20. Theil des Nachlasses neben einem Erbvertrage. Insbesondere, wenn die Legate in einem in Betreff der Erbeseinsetzung für rechtsungültig erklärten Testamente dem Vertragserben auferlegt sind?

A.L.R. I. 12 §§ 165, 627 ff., 277 bis 279.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 6. Juni 1889 in Sachen W., Beklagten, wider V., Klägerin. IV. 76/89.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Breslau ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte, Rentier August W. zu Sprottau, hat mit seiner nachherigen Ehefrau, Wittwe K., am 18. März 1879 vor der Ehe

schließung einen gerichtlichen Ehe- und Erbvertrag errichtet, in welchem sich beide gegenseitig zu Erben eingesetzt haben. Im § 2 dieses Erbvertrages legte die Wittwe K. „ihrem Erben" die Zahlung von Vermächtnissen an Verwandte derselben auf. Der § 4 enthält folgende Bestimmung:

Die beiden Testatoren behalten sich das Recht vor, gemeinschaftliche außergerichtliche Nachzettel zu diesem Erbvertrage zu errichten; sie sollen gleiche Kraft mit demselben haben, auch wenn sie von den Testatoren nur eigenhändig, aber gemeinschaftlich unterschrieben sind.

Demnächst haben die W.'schen Eheleute in einer gerichtlichen Verhandlung vom 11. Oktober 1879 erklärt, daß die im § 2 des Erbvertrages aufgeführten Legate vollständig fortfallen sollen.

Später ist die verehelichte W. wegen Meineids mit Zuchthaus bestraft worden und am 26. November 1882 im Zuchthause zu Luckau gestorben. Dort hat sie kurz vor ihrem Tode — am 7. September 1882 — ein gerichtliches Testament errichtet und darin ihren Ehemann, den Beklagten, enterbt, weil er ihr nach dem Leben getrachtet, lebens- und gesundheitsgefährliche Thätlichkeiten an ihr verübt und sie wider besseres Wissen des Meineids fälschlich beschuldigt habe. Sie hat ihn eventuell auf den Pflichtheil gesetzt und zu ihren Erben drei noch lebende Geschwister und Kinder sowie Kindeskinder ihrer beiden verstorbenen Geschwister berufen. Weiter enthält dieses Testament unter 5 Nummern Vermächtnisse, darunter ein Vermächtniß von 3000 M. an die Klägerin.

Nach dem Thatbestande der Vorderurtheile ist dieses Testament der verehelichten W. „mit Rücksicht auf den vorher geschlossenen Erbvertrag" den Testamentserben gegenüber für rechtsungültig erklärt worden und der Beklagte in den Besitz der Erbschaft der Erblasserin gelangt.

Unter der Behauptung, daß diese Erbschaft mehr als das Zwanzigfache der in dem Testamente der verehelichten W. ausgesetzten Vermächtnisse betrage, hält die Klägerin den Beklagten als Vertragserben zur Entrichtung des ihr ausgesetzten Vermächtnisses verpflichtet.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Er hat geltend gemacht, die in dem Testamente der verehelichten W. errichteten Legate seien nicht dem Vertragserben auferlegt, ferner die verehelichte W. habe in dem Ehe- und Erbvertrage der Befugniß,

Vermächtnisse bis auf $1/_{20}$ des Nachlasses zu entrichten, sich begeben. Er hat ein Nachlaßinventar überreicht, um darzuthun, daß die von der Erblasserin errichteten Vermächtnisse den 20. Theil ihres Nachlasses übersteigen.

Das Landgericht hat auf Grund des § 276 C.P.O. über den Rechtsgrund des erhobenen Anspruchs vorab und zwar dahin erkannt:

der Beklagte wird verurtheilt, anzuerkennen, daß er als Vertragserbe seiner Ehefrau verpflichtet ist, der Klägerin das derselben in dem Testamente der verehelichten W. am 7. September ausgesetzte Legat von 3000 M. nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 165 ff. A.L.R. I. 12 zu zahlen;

Die gegen dieses Zwischenurtheil von dem Beklagten eingelegte Berufung ist zurückgewiesen. Gegen das Berufungsurtheil hat der Beklagte die Revision erhoben.

Prozessualisch ist die Zulässigkeit der Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs und die Zulässigkeit der dagegen eingelegten Rechtsmittel nicht zu beanstanden (§ 276 C.P.O.). Indessen die Revision ist unbegründet.

Die Vorderrichter haben den Beklagten für verpflichtet erachtet, das der Klägerin in dem Testamente der verehelichten W. ausgesetzte Vermächtniß insoweit zu zahlen, als die darin errichteten Vermächtnisse zusammengenommen den 20. Theil des Nachlasses nicht übersteigen. Der Beklagte hat die Ungültigkeit dieses Vermächtnisses zunächst aus dem erwähnten § 4 des Erbvertrages hergeleitet, da der darin erklärte Vorbehalt gemeinschaftlicher außergerichtlicher Nachzettel nichts Anderes ausdrücken könne, als den Verzicht auf die in den §§ 627, 628 A.L.R. I. 12, lautend:

§ 627. Letztwillige Verordnungen finden gegen den Inhalt eines Erbvertrages nicht statt;

§ 628. Doch kann der Erblasser Vermächtnisse bis auf den 20. Theil seines Nachlasses errichten, wenn er nicht auch dieser Befugniß sich im Vertrage ausdrücklich begeben hat —

dem einzelnen Erblasser ertheilte Befugniß, Vermächtnisse bis auf den 20. Theil seines Nachlasses zu errichten. Denn, daß zwei Kontrahenten ihren ganzen Kontrakt gemeinschaftlich aufheben könnten, sei selbstverständlich, und hätte einer besonderen Festsetzung nicht bedurft. Demgegenüber führt das Berufungsurtheil aus, es sei keineswegs selbstverständlich daß gemeinschaftliche gerichtliche Abmachungen auch durch gemeinschaftliche bloße außergerichtliche, wofern nur

eigenhändig unterschriebene Nachzettel mit gleicher Kraft des Erbvertrages geändert oder ergänzt werden dürfen. Diese Unterscheidung der von den Kontrahenten des Erbvertrages vorbehaltenen und kraft dieses Vorbehalts in unbeschränkter Höhe gültigen von den gesetzlich auch ohne solchen Vorbehalt bis auf den 20. Theil des Nachlasses giltigen Kodizillen ist rechtlich zutreffend, und die auf dieser Rechtsgrundlage gewonnene Auslegung des § 4 des Erbvertrages dahin, daß in dieser Vertragsbestimmung dem einzelnen Erblasser zwar die unbeschränkte Befugniß zur Errichtung von Kodizillen, nicht aber die ihm durch § 628 I. 12 eingeräumte beschränkte Befugniß, Vermächtnisse bis auf den 20. Theil seines Nachlasses zu errichten, ist, da Grundsätze der Auslegung nicht verletzt sind, für das Revisionsgericht maßgebend. Die Revision macht hiergegen geltend, es könne der Wille der Erblasserin deren einseitige letztwillige Verfügung nicht stützen, nachdem die letztere rechtskräftig für rechtsunwirksam erklärt worden. Indessen nach dem Thatbestande der Vorderurtheile betrifft diese Ungiltigkeit nur denjenigen dem Erbvertrage widersprechenden Testamentsinhalt, welcher gesetzlich einem Erbvertrage gegenüber nicht stattfindet. Vermächtnisse bis auf den 20. Theil seines Nachlasses aber kann der Erblasser nach dem erwähnten § 628 A.L.R. I. 12 auch einem Erbvertrage gegenüber errichten, wenn er nicht auch dieser Befugniß sich im Vertrage ausdrücklich begeben hat, und letzteres ist nach den rechtlich unanfechtbaren Feststellungen des Berufungsgerichts nicht geschehen. Darnach war das Berufungsgericht gesetzlich nicht gehindert, in Auslegung des Testaments der verehelichten W., dessen Auslegung durch das Landgericht das Berufungsgericht durchweg sich anschließt, anzunehmen, daß die darin errichteten Vermächtnisse auch dem Beklagten als Vertragserben auferlegt seien, und ferner rechtlich anzunehmen, daß diese Vermächtnisse, wenngleich sie dem § 527 a. a. O. gegenüber nicht bestehen, demungeachtet auch dem Beklagten als Vertragserben gegenüber in der Beschränkung bis auf den 20. Theil des Nachlasses gültig seien. Und in diesem Sinne ist das Urtheil um so mehr zu verstehen, da die Gründe ausdrücklich betonen, daß *gesetzlich* (§ 279 I. 12) die im preußischen Rechte selbstverständliche Kodizillarklausel nur den an die Stelle der eingesetzten Erben tretenden *Intestaterben*, nicht aber auch den *Vertragserben* gegenüber gelte. Demnach ist der Vorwurf der Revision nicht begründet, es habe das Berufungsgericht die nur den Intestaterben gegenüber geltende Vorschrift des § 279 I. 12 — nach

welcher im Falle des Fortfalls der Erbeseinsetzung durch Destitution (§§ 277, 278) die Intestaterben nur an die Stelle der eingesetzten Erben treten und gleich diesen den Verordnungen des Erblassers in Ansehung der Vermächtnisse und sonst Genüge leisten müssen — auf den Vertragserben ausgedehnt. Auch der Vorwurf eines Widerspruchs der Entscheidungsgründe mit dem Inhalte des Testaments ist als begründet anzuerkennen. Die Enterbung des Vertragserben ist sehr wohl vereinbar mit dem Willen der Erblasserin, daß falls die testamentarische Erbeseinsetzung dem Ehevertrage gegenüber nicht bestehen würde, die in dem Testamente errichteten Vermächtnisse auch dem Vertragserben gegenüber in dem gesetzlich beschränkten Umfange des § 628 a. a. O. gelten sollten.

Die rechtskräftige Ungültigkeitserklärung des Testaments den Testamentserben gegenüber hat die Frage der Gültigkeit der in dem Testamente errichteten Vermächtnisse offen gelassen.

Die Bezugnahme der Revision auf das Erkenntniß des vormaligen preußischen Obertribunals vom 1. März 1869 (Striethorst, Archiv für Rechtsfälle Bd. 74, S. 66) ist unzutreffend. Der dort ausgesprochene Satz, daß die in den §§ 277—279 A.L.R. I. 12 den Intestaterben auferlegte Verpflichtung nicht auf die Vertragserben anzuwenden, welche in Folge ihres vertragsmäßigen Rechts das Testament angefochten und dem ernannten Testamentserben die Erbschaft erstritten haben, schließt schon an sich die Anwendung der §§ 628 ff. I. 12, d. h. die auf den 20. Theil des Nachlasses des Vertragserben beschränkte Gültigkeit der von demselben errichteten Vermächtnisse, nicht aus, und diese Frage ist in den Entscheidungsgründen jenes Urtheils auch ausdrücklich dahingestellt gelassen (a. a. O. S. 70, 71). Im vorliegenden Falle dagegen ist festgestelltermaßen in dem Testamente der Erblasserin das Vermächtniß auch dem Vertragserben auferlegt, der gesetzliche Thatbestand des § 628 mithin insoweit erfüllt.

Die Bezugnahme der Revision auf Rehbein, die Entscheidungen des Preußischen Obertribunals, Bd. II. S. 534, ist unzutreffend. Dort ist ausgeführt:

„Für den Fall des Fortfalls der Erbeinsetzung durch Destitution bestimmen die §§ 277—280, 362—365, 367 A.L.R. I. 12 zum Theil abweichend vom römischen Rechte, den Fortbestand der Legate. Davon kann natürlich da nicht die Rede sein, wo die Erbeinsetzung fortfällt, weil sie gegen einen Erbvertrag erfolgt ist, und der Vertragserbe sein Erbrecht gegen den Testamentserben

erstreitet. Denn in diesem Falle ist einem Erben das Legat auferlegt, der von Anfang an nicht Erbe sein kann, dessen Erbeinsetzung das Vertragsrecht nicht minder verletzt, wie das ihm auferlegte Legat, wenn es vom Vertragserben zu tragen wäre. Der Fall der §§ 627 ff. h. t. liegt nicht vor, weil das Legat nicht dem Vertragserben auferlegt, Striethorst 74 S. 66."

Auch hier also wird auch dem Vertragserben gegenüber, welcher sein Erbrecht gegen den Testamentserben erstritten hat, die Gültigkeit des Legats in der Beschränkung des § 628 in dem Falle nicht in Frage gestellt, wenn das Legat dem Vertragserben auferlegt ist. Letzteres aber hat das Berufungsgericht nach dem Obigen vorliegend festgestellt. Der § 628 enthält eine bewußte Abweichung vom gemeinen Rechte. Das letztere gestattet zwar, beim Abschlusse des Erbvertrages selbst dem Vertragserben Vermächtnisse aufzuerlegen; es ist ferner nach der herrschenden Ansicht dem Erblasser erlaubt, das Recht zu Kodizillarverfügungen sich in dem Erbvertrage selbst vorzubehalten; in einem weiteren Umfange aber ist gemeinrechtlich dem Vertragserben das Recht, Kodizille zu errichten, nicht beigelegt.

Fein bei Glück, ausführliche Erläuterung der Pandekten Bd. 44 S. 197, 198.

Die §§ 627, 628 dagegen gestatten dem Erblasser, auch wenn er nach Inhalt des Vertrages über die Erbschaft in seinen Nachlaß vollständig verfügt hat, noch Vermächtnisse bis auf $^1/_{20}$ seines Nachlasses willkürlich zu errichten.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Preußischen Privatrechts, 5. Auflage, Bd. IV. S. 297.

Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Bd. III. § 177.

Das Gesetz hat dem Erblasser in Ermangelung einer ausdrücklichen Verzichtleistung diese Befugnisse nachgelassen, weil es, wie in der revisio monitorum zum ungedruckten Entwurf bemerkt wird, doch hart wäre, wenn der durch einen Vertrag gebundene Erblasser nicht einmal seinen guten Freunden ein Andenken und denjenigen, die ihm in seiner letzten Krankheit beistehen, eine Belohnung zuwenden könnte.

Bornemann, systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, 2. Ausgabe, Bd. 6 S. 143.

Nr. 52.

Kann bei aufschiebend bedingten Vermächtnissen von dem Berechtigten Sicherstellung verlangt werden?

A.L.R. I. 12 §§ 478 ff.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 23. Mai 1889 in Sachen des Pflegers der M.'schen Deszendenten, Kläger, wider M., Beklagten. IV. 56/8.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preußischen Kammergerichts ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Der am 22. Juli 1883 zu Berlin verstorbene Kaufmann Friedrich Wilhelm August M. hat durch letztwillige Verordnung seine Söhne Eduard, Max, Hugo (Kläger) und Oscar (den Beklagten) zu Erben eingesetzt und in Betreff der drei ersteren bestimmt, daß einem jeden von ihnen aus dem Nachlasse nur der Betrag von 30 000 M. zufallen, ihnen auch von diesen Zuwendungen nur der Nießbrauch auf Lebenszeit, nicht aber die Verfügung über die Substanz und die Verwaltung zustehen, die Substanz vielmehr ihrer dereinstigen ehelichen Descedenz reservirt bleiben und die Verwaltung einem vom Vormundschaftsgerichte zu bestellenden Pfleger übertragen werden solle. Nach eingetretenem Erbanfalle haben die in dieser Weise bedachten drei Söhne die Erbschaft aus dem Testamente ausgeschlagen und den gesetzlichen Pflichttheil beansprucht. Den Deszendenten derselben ist der Kläger zum Pfleger bestellt.

In einem Vorprozesse zwischen denselben Parteien ist rechtskräftig festgestellt, daß den durch den Kläger vertretenen Deszendenten ein Vermächtniß an dem Nachlasse des Kaufmanns Friedrich Wilhelm August M. zustehe in Höhe der Differenz zwischen 90 000 M. und dem den drei Söhnen Eduard, Max und Hugo zu gewährenden Pflichttheile, soweit dieser Pflichttheil den Betrag von 90 000 M. nicht erreiche.

Wie der Kläger behauptet, beläuft sich nach Richtigstellung des von dem Beklagten vorgelegten Inventars der reine Nachlaß auf höchstens 158 954,83 M., sodaß die Pflichttheile der drei Söhne zusammen nur 39 734,45 M. betragen und für das Deszendentenvermächtniß die Summe von 50 261,55 M. sich ergebe. Er hat beantragt:

I. den Beklagten zu verurtheilen, an ihn als Pfleger der Deszendenten für die Pflegschaftsmasse 50 261,55 M. nebst 5 pCt.

Zinsen seit dem 1. September 1883 zu zahlen, eventuell diese Summe nebst Zinsen für die Deszendenzen sicher zu stellen;

II. im Wege der Inzidentfeststellungsklage festzustellen,

a) daß die unter Titel II. des von dem Beklagten gelegten Inventars verzeichneten Posten:

für das Fisch- und Krebsgeschäft des Erblassers 60 000 M.

und

für das Grundstück Mühlenstraße 72a 34 000 M.

keine Nachlaßaktiva sind,

b) daß die Vermächtnißforderungen der Deszendenzen der drei Söhne mindestens 50 261,55 M. nebst 5 pCt. Zinsen seit dem 1. September 1883 betragen.

Nach der Entgegnung des Beklagten ist der reine Nachlaß auf 364 862,58 M. zu veranschlagen; die Pflichttheile seiner drei Brüder betragen daher 91 215,65 M. und er habe einem jeden derselben die Summe von 30 000 M. bewilligt, sodaß ein Vermächtnißanspruch der Deszendenzen nicht bestehe.

Der erste Richter hat unter Abweisung des Klägers mit den weiteren Anträgen den Beklagten verurtheilt, anzuerkennen, daß die Vermächtnißforderungen der Deszendenzen 2227,41 M. nebst 5 pCt. Zinsen seit dem 1. September 1883 betragen. Diese Entscheidung hat dem Beklagten gegenüber die Rechtskraft erlangt. Die von dem Kläger mit dem Antrage, durchweg nach dem Klageverlangen zu erkennen, eingelegte Berufung ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Revision war der Erfolg zu versagen.

I. Der mit dem Klageantrage zu I. geltend gemachte Anspruch auf Ausantwortung des Deszendenzvermächtnisses zu Händen des Pflegers ist auf die letztwillige Anordnung des Erblassers gestützt, daß für das an die Deszendenzen vererbte Kapital eine Pflegschaft eingesetzt und dasselbe von dieser Pflegschaft verwaltet werden solle, sodaß es auch an die letztere gezahlt werden müsse. Der Berufungskläger erklärt den Anspruch für unbegründet, indem er erwogen hat: diese Anordnung sei nur für den Fall getroffen, daß Eduard, Max und Hugo M. Fiduziarerben bezüglich der fraglichen Kapitalien werden würden, indem alsdann ihnen nur der Nießbrauch an den Kapitalien zustehen, diese selbst von dem Pfleger ihrer Deszendenzen, der fideikommissarischen Erben, während der

Dauer des Nießbrauchsrechts verwaltet werden sollten; dadurch aber, daß die Gebrüder M. den Pflichttheil gewählt, seien ihre Deszendenzen aus fideikommissarischen Erben zu bloßen, und zwar nur aufschiebend bedingt berechtigten, Legataren geworden, die erst mit dem Eintritte der Bedingung, d. h. mit ihrer Geburt, ein Recht auf Zahlung der ihnen bestimmten Vermächtnisse erlangen. Diese Erwägungen lassen die Verletzung einer Rechtsnorm nicht erkennen. In Folge des Ausschlagens der testamentarischen Zuwendung und der Wahl des Pflichttheils von Seite der Gebrüder M. ist die angeordnete fideikommissarische Substitution in Wegfall gekommen, und die Deszendenzen sind gemäß der Vorschrift des § 58 A.L.R. I. 12, nach welcher unter der fideikommissarischen Substitution zugleich auch die gemeine Substitution verstanden wird, in Betreff der Zuwendung von 90 000 M., soweit diese nicht durch die Pflichttheile der Gebrüder M. absorbirt wird, direkte Vermächtnißnehmer geworden. Das Vermächtniß ist jedoch insofern suspensiv bedingt, als der Eintritt seiner Wirksamkeit von der Entstehung einer Deszendenz, also einer berechtigten Person, an welcher es zur Zeit noch fehlt, abhängig ist. Bei suspensiv bedingten Vermächtnissen verbleibt aber das Eigenthum der vermachten Sache bis zur Erfüllung der Bedingung dem Erben (§ 843 A.L.R. I. 12), und hieraus ergiebt sich die zeitige Hinfälligkeit des Anspruchs des Klägers auf Herauszahlung des Vermächtnisses zu seinen Händen. In dieser Auffassung wird durch die Thatsache nichts geändert, daß den Deszendenzen ein Pfleger bestellt worden ist. Der Vergleich, den die Revision mit dem Falle macht, wo die Existenz des Erben eines Nachlasses unbekannt ist, trifft nicht zu. Dem Pfleger, welcher bestellt ist, wenn der Erbe eines Nachlasses unbekannt ist, liegt die Erhaltung des Nachlasses ob (§ 89 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875). Ihm kommt daher auch der Besitz des letzteren zu. Im gegenwärtigen Falle beschränkt sich die Thätigkeit des klagenden Pflegers auf die Ermittelung der Höhe des dereinstigen Deszendenzvermächtnisses. — Die Annahme des Berufungsrichters, daß der Kläger nicht auf Grund der letztwilligen Anordnung des Erblassers, nach welcher der Pfleger die den Gebrüdern M. ausgesetzten Kapitalien verwalten solle, die Ausantwortung der letzteren verlangen könne, weil die Voraussetzung jener Anordnung, daß die Gebrüder M. Fiduziarerben in Höhe der Kapitalien werden würden, sich nicht verwirklicht habe, beruht auf der Auslegung der

letztwilligen Verfügung und entzieht sich der Nachprüfung in der Revisionsinstanz.

Ohne Rechtsirrthum hat der Berufungsrichter auch den eventuellen Antrag wegen Sicherstellung der Vermächtnißforderungen als unbegründet zurückgewiesen. Nach § 482 A.L.R. I. 12 finden bei aufschiebend bedingten Vermächtnissen für das Verhältniß zwischen dem Erben und dem Vermächtnißnehmer die Vorschriften über aufschiebend bedingte Erbeseinsetzungen — §§ 478 ff. ebenda — Anwendung, und der § 480 verordnet, daß zwischen dem Intestaterben und dem bedingt eingesetzten Testamentserben dasselbe Verhältniß stattfindet, wie zwischen dem eingesetzten und dem fideikommissarisch nachgesetzten Erben. Für das letztere Verhältniß, insbesondere auch in Betreff der Verpflichtung des Fiduziarerben dem fideikommissarischen Erben gegenüber zur Kautionsbestellung, erweisen sodann die §§ 466, 472 ebenda auf die zwischen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer gegebenen Vorschriften. Diese sind in den §§ 19, 20 A.L.R. I. 21 enthalten und gehen dahin, daß eine nicht ausdrücklich vorbedungene Kaution der Eigenthümer in der Regel von dem Nutzungsberechtigten zu fordern nicht befugt sei und daß nur, sobald wahrscheinliche Besorgnisse eines Mißbrauchs oder einer Vernachlässigung eintreten, der Berechtigte durch den Richter angehalten werden könne, den Eigenthümer gegen die bevorstehende Beschädigung oder Verringerung der Substanz hinlänglich sicher zu stellen (vgl. auch §§ 103, 140 ebenda). Daß aber die Voraussetzungen dieser Gesetzesvorschriften hier zutreffen, ist nach den vorderrichterlichen Thatbeständen von dem Kläger nicht geltend gemacht worden. — Der Berufungsrichter hat auch dem § 290 A.L.R. I. 12, welcher bei Geldvermächtnissen dem Vermächtnißnehmer das Recht einräumt, Sicherstellung in dem Nachlasse, auch ohne besondere Einwilligung der Erben, zu fordern, mit Grund im vorliegenden Falle die Anwendung versagt. Denn diese Vorschrift bezieht sich nur auf unbedingte Vermächtnisse. Solches ergiebt sich aus § 288 ebenda, mit welchem § 290 in unmittelbarer Verbindung steht und dessen Vorbedingungen er zu seiner Anwendung erfordert. Der § 288 hat aber, wenn er ausspricht, daß das Eigenthum an vermachten Sachen oder Rechten in der Regel mit dem Todestage des Erblassers auf den Vermächtnißnehmer übergeht, nur unbedingte Vermächtnisse im Auge, indem jene Regel nach dem allegirten § 483 a. a. O. bei suspensiv bedingten Vermächtnissen nicht Platz greift.

Vgl. Striethorst's Archiv Bd. 79 S. 225; Förster-Eccius, Theorie

und Praxis, V. Auflage Bd. 4 § 276 S. 611; Dernburg, Preußisches Privatrecht, III. Auflage Bd. 3 § 146 S. 423.

(Die weiteren Gründe interessiren nicht.)

Nr. 53.

1. Ist die Regreßklage des Hauptbürgen gegen den Rückbürgen (A.L.R. I. 14 § 381) von der Vorausklagung des Hauptschuldners auch dann bedingt, wenn sich dieser im Ausland befindet?

I. 14 § 298.

2. Anspruch des Hauptbürgen auf Baarzahlung, wenn er den Gläubiger nicht durch Zahlung sondern durch Novation befriedigt hat?

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 25. Oktober 1888 in Sachen B., Beklagten, wider R., Kläger. IV. 171/88.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Stettin ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger, welcher im Jahre 1884 in Gemeinschaft mit dem Beklagten der Stadtsparkasse in Polzin für eine Wechselschuld des Brauereibesitzers Otto B. von 9750 M. durch Mitunterzeichnung des Wechsels als Aussteller selbstschuldnerische Bürgschaft geleistet hat und nach dem Verfalle des Wechsels auf Grund dieser Bürgschaft von der Gläubigerin in Höhe der Hälfte der Schuld mit 4875 M. in Anspruch genommen ist, hat von dem Beklagten Schadloshaltung durch Zahlung dieser Summe nebst Zinsen verlangt, indem er sich auf einen Revers des Beklagten d. d. Polzin den 15. März 1884 folgenden Inhalts stützt:

„Unter heutigem Datum, entnehme ich und Herr C. R. als Bürge, zu Gunsten meines Sohnes, des Brauereibesitzers Otto B. hier, aus der hiesigen Sparkasse 9750 M. Ich Endesunterschriebener erkläre und verpflichte mich hiermit Herrn C. R. innerhalb drei Jahren vom heutigen Tage an von seiner Verbindlichkeit auf obige Summe zu befreien."

Der Berufungsrichter hat in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter dem Klageverlangen gemäß erkannt, und die gegen diese Entscheidung eingelegte Revision muß versagen. Parteien streiten über den Inhalt der von dem Beklagten nach dem Reverse übernommenen Verpflichtung. Nach der Ausführung des Klägers hat Beklagter ihm Garantie für seine Entlassung aus der Bürgschaftsverbindlichkeit innerhalb dreier Jahre geleistet und für alle Fälle

sich zur Schadloshaltung wegen der aus der Bürgschaft an ihn, den Kläger, zu erhebenden Ansprüche verpflichtet. Der Beklagte hat dagegen geltend gemacht, daß er nur die Verpflichtung eingegangen sei, falls in der dreijährigen Frist die Bürgschaft nicht zur Erledigung gelangte, einen anderen Bürgen für den Kläger zu stellen, während Kläger innerhalb der Frist von drei Jahren alle Konsequenzen der übernommenen Bürgschaft tragen und, wenn er in dieser Zeit in Anspruch genommen würde, kein Recht auf Erstattung des auf Grund der Bürgschaft Geleisteten haben sollte.

Der Berufungsrichter hat eine der Behauptung des Klägers entsprechende Feststellung getroffen.

(Es wird näher ausgeführt, daß die Einreden des Beklagten gegen diese Feststellung unbegründet sind.)

Auch die weiteren Einreden des Beklagten hat der Berufungsrichter als unbegründet verworfen. Der Beklagte macht geltend, daß Kläger und er in dem Verhältniß des Hauptbürgen zum Rückbürgen stehen, und deshalb gemäß § 381 A.L.R. I. 14. Kläger sich zunächst an den Hauptschuldner Otto B. hätte halten müssen. Der Berufungsrichter hat dahin gestellt sein lassen, ob nach dem Reverse und den demselben voraufgegangenen Verhandlungen der Beklagte als Rückbürge anzusehen sei. Er verneint die Nothwendigkeit der Vorausklage des Klägers gegen den Hauptverpflichteten, weil nach dem Zugeständnisse des Beklagten feststehe, daß Otto B. sich in Rußland befinde, damit aber nach der Rechtsanalogie die Anwendung des § 298 A.L.R. I. 14. auf den vorliegenden Fall gegeben sei. Die Revision erachtet die analoge Anwendung des § 298 für ausgeschlossen, weil das Gesetz dem Hauptbürgen eine Befreiung von der Vorausklage nicht gewähre. Diese Rüge kann als zutreffend nicht anerkannt werden. Die §§ 380 ff. a. a. O., welche von dem Rückbürgen handeln, stellen zwar den, der Vorschrift des § 283 daselbst, welcher das Verhältniß des Gläubigers zum Bürgen betrifft, entsprechenden, Satz auf, daß der Hauptbürge verbunden ist, sich zuerst an den Hauptverpflichteten zu halten, ohne zugleich auf die in den §§ 297 ff. vorgesehenen Ausnahmefälle hinzuweisen, in welchen der Gläubiger unter Umgehung des Hauptschuldners sofort den Bürgen in Anspruch nehmen kann. Dies rechtfertigt jedoch nicht die Folgerung, daß das Gesetz dem Hauptbürgen die Befreiung von der Vorausklage in jenen Fällen habe versagen wollen. Das Verhältniß zwischen dem Hauptbürgen, der den Gläubiger befriedigt

hat, und dem Rückbürgen ist dasselbe, wie das Verhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Hauptbürgen. Der Rückbürge hat den Hauptbürgen in derselben Weise Sicherheit zu gewähren, wie dieser dem Gläubiger. Es ist daher kein Grund ersichtlich, weshalb das Gesetz den Hauptbürgen dem Rückbürgen gegenüber ungünstiger habe stellen wollen, als den Gläubiger dem Hauptbürgen gegenüber, und die gegentheilige Annahme erscheint umsomehr ausgeschlossen, als durch § 384 a. a. O. dem Rückbürgen wegen der Befreiung von der Bürgschaft gegen den Hauptbürgen dieselben Rechte beigelegt sind, welche diesem gegen den Gläubiger zukommen. — Der Umstand, daß die Bestimmungen der §§ 297 ff. sich als Ausnahmen von der Regel des § 283 darstellen, steht der Anwendung derselben auf das Verhältniß zwischen Hauptbürgen und Rückbürgen grundsätzlich nicht entgegen; denn es handelt sich um eine im Institute der Bürgschaft begründete Rechtsnorm, nicht aber um ein Ausnahmegesetz, welches besondere, nicht ausdehnbare Fälle betrifft.

Vergl. Striethorst's, Archiv Bd. 84 S. 160 ff.; Dernburg, Preußisches Privatrecht III. Auflage Bd. II. § 245 S. 715; Förster-Eccius, Theorie und Praxis, V. Auflage Bd. II. § 144 S. 393.

Daß, worauf die Revision hinweist, nicht festgestellt ist, daß der Schuldner Otto B. sich schon zu der Zeit, als Kläger die Sparkasse befriedigte, im Auslande befunden hat, ist gleichgiltig. Zur Anwendung des § 298 genügt unter den gegebenen Umständen, daß Schuldner sich gegenwärtig außerhalb Landes befindet. — —

Endlich hat Beklagter den Klageanspruch insofern bemängelt, als derselbe auf Zahlung von 4875 M. nebst 5 pCt. Zinsen seit dem 16. September 1885 gerichtet ist. Der Berufungsrichter stellt fest, daß Kläger der Sparkasse nicht baare Zahlung geleistet hat, vielmehr dieser Kasse gegenüber von der durch den Wechsel übernommenen Verbindlichkeit dadurch befreit worden ist, daß er an dem vorerwähnten Tage gegen Ausfolgung des Wechsels Darlehnsschuldner der Sparkasse in Höhe von 4875 M. mit der Verpflichtung geworden, dieses Kapital fortan mit 5 pCt. jährlich zu verzinsen. Auch bei dieser Sachlage erachtet der Berufungsrichter den Klageanspruch so, wie er erhoben ist, nämlich auf Zahlung, für gerechtfertigt, indem er erwogen hat, daß Kläger die Wechselschuld durch Novation, welche im Effekt der Zahlung gleichstehe, getilgt, daß in Folge dieses Vorganges der aus dem Revers ursprünglich nur entstandene An-

spruch des Klägers auf Liberation von der Bürgschafts- resp. Wechselverpflichtung sich in eine Forderung des vermögensrechtlichen Interesse umgewandelt hat und daß das Interesse des Klägers jetzt besteht in der Summe von 4875 M., sowie in den Konventionalzinsen, welche der Kläger davon seit dem 16. September 1885 der Sparkasse zahlen muß. — Ohne Grund wird von der Revision der § 270 A.L.R. I. 5. als verletzt bezeichnet, weil dem Kläger nur ein Anspruch auf Liberation zustehe. Die Liberation von der Bürgschafts- und Wechselverpflichtung kann nicht mehr in Frage treten, nachdem der Kläger von der Gläubigerin wegen Erfüllung dieser Verpflichtung in Anspruch genommen ist und solche geleistet hat. Für den Anspruch auf Liberation von der Darlehnsschuld fehlt es aber dem Kläger dem Beklagten gegenüber an einem rechtlichen Grunde. Die Annahme des Berufungsrichters lassen überall eine Rechtsnormverletzung nicht erkennen. Das Vermögen des Klägers ist dadurch, daß er zum Zwecke der Erfüllung seiner Verpflichtung aus der Bürgschaft eine Darlehnsschuld eingegangen ist, in Höhe dieser Schuld gemindert, und danach stellt sich der Anspruch auf Leistung des Interesse durch Zahlung der betreffenden Summe als begründet dar. Und auch der Anspruch auf Zinsen ist gerechtfertigt; denn nach der Feststellung des Berufungsrichters hat der Beklagte durch den Revers die Verpflichtung übernommen, dem Kläger das volle Interesse zu leisten, und zu diesem gehören auch die seit der Eingehung der Darlehnsverbindlichkeit entstandenen Zinsen.

Nr. 54.

Expromission. Ist zur Aufhebung der Verbindlichkeit zwischen dem Gläubiger und dem ersten Schuldner die ausdrückliche und schriftliche Entlassung des letzteren erforderlich?

A.L.R. I. 14 § 400.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 13. Oktober 1888 in Sachen H., Beklagten, wider F., Kläger. V. 170/88.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Marienwerder ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Auf dem Grundstücke des Beklagten waren für Anna S. zwei Hypotheken von 4500 M. und von 1500 M. nebst 5 pCt. Zinsen vom 31. Oktober 1884, fällig am 1. Oktober 1885, eingetragen,

welche zur Sicherheit der A. S. für die Rückzahlung der von ihr für ihren Vater dem Beklagten baar gezahlten Pachtkaution von 6000 M. bestellt waren und später in Darlehne umgewandelt sind. Bei der Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks, welches im Jahre 1884 der Rentier von K. unter Uebernahme der Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis erworben hatte, sind die Hypotheken bei der Kaufgelderbelegung am 6. Mai 1886 an Kapital und Zinsen ausgefallen. Kläger hat als Zessionar der A. S. Klage erhoben mit dem Antrage, den Beklagten als persönlich haftenden Konstituenten der Hypotheken zur Zahlung von 6000 M. nebst 5 pCt. Zinsen seit dem 31. Oktober 1884 zu verurtheilen. Beklagter hat eingewendet, der Vater und Bevollmächtigte der Anna S., Namens Julius S., habe bei dem Vertragsschluß und der Auflassung des Pfandgrundstücks an von K. am 9. April 1885, als ihm Beklagter die Schuldübernahme bekannt gemacht, sich ausdrücklich mit dieser einverstanden erklärt und mit von K. das Abkommen getroffen, letzterer solle fortan alleiniger Schuldner der Anna S., Beklagter dagegen aus seiner persönlichen Verbindlichkeit entlassen sein. Auch habe Anna S. den Hypothekenbrief ohne Widerspruch angenommen, obwohl sich aus demselben die Schuldübernahme des von K. ergebe.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Betheiligung des Julius S. an der Verhandlung vom 9. April 1885 hat sich darauf beschränkt, daß er, nachdem die Erklärungen des Beklagten und des von K. über die Auflassung und die Belegung des Kaufgeldes abgegeben waren, sich auf Grund der überreichten Vollmacht seiner Tochter Anna S. vom 26. April 1884 mit der Umwandlung der beiden Kautionen in Darlehne einverstanden erklärte und die Umschreibung im Grundbuche bewilligte.

Das Berufungsgericht hält eine schriftlich erklärte Haftentlassung für erforderlich und findet eine solche in der Verhandlung vom 9. April 1885 nicht. Die dort allein beurkundete Schuldübernahme des von K. habe die Entlassung des bisherigen Schuldners nicht zur Folge. Auch die Annahme des Hypothekenbriefes, welchem die Verhandlung vom 9. April 1885 angeheftet sein werde, enthalte keine Erklärung der Gläubigerin, daß sie ihren persönlichen Schuldner aus seiner Verbindlichkeit entlasse.

Diese Ausführung entspricht dem Plenarbeschluß des vormaligen preußischen Obertribunals vom 4. Juli 1859 (Entschei-

dungen Bd. 40 S. 481, Bd. 41 S. 1, Justizministerialblatt S. 299), durch welchen der Rechtssatz ausgesprochen ist: „Damit bei einer Expromission die Aufhebung der Verbindung zwischen dem Gläubiger und dem ersten Schuldner hervorgebracht werde, ist die ausdrücklich und, wo es der Gegenstand erfordert, schriftlich erklärte Einwilligung des Gläubigers in die Entlassung des ersten Schuldners erforderlich." Von diesem seither in der Praxis maßgebend gewesenen (vergl. Erkenntniß des Obertribunals vom 12. April 1864 und vom 9. Januar 1871, Striethorst, Archiv Bd. 53 S. 233, Entscheidungen Bd. 65 S. 292) und durchaus richtigen Satze abzugehen, liegt keine Veranlassung vor, damit erledigt sich die Einrede des Beklagten.

Nr. 55.

Muß ein Hypothekengläubiger, welcher mit seiner Klage gegen den Pfandschuldner auf Zahlung der durch die Hypothek gesicherten Forderung mittels Versäumnißurtheils abgewiesen ist, auf Antrag des Schuldners in die Löschung der Hypothek willigen?

A.G.O. I. 16 § 1. A.L.R. I. 16 §§ 7. 8. G.B.O. § 94.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 4. Mai 1889 in Sachen J., Beklagten, wider J., Kläger. V. 46/88.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Posen ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist Eigenthümer der Grundstücke Groß-Srocko Nr. 5 und Biezyn Nr. 15, auf welchen in Abtheiiung III des Grundbuchs unter Nr. 7, beziehungsweise 3 aus dem Uebertragungsvertrage vom 18. Oktober 1877 und der Zession vom 1. April 1886 eine Restkaufgeldforderung vom 2252,95 M. für den Beklagten eingetragen steht. Unter der Behauptung, daß diese Hypothek getilgt sei, beantragt er:

den Beklagten zu verurtheilen,

1. anzuerkennen, daß ihm aus der vorerwähnten Forderung Rechte nicht mehr zustehen,
2. demgemäß in die Löschung dieser Post im Grundbuch zu willigen.

Seinen Anspruch gründete er in erster Reihe auf das im Vorprozeß ergangene Versäumnißurtheil vom 14. März 1888, in zweiter Reihe auf verschiedene Zahlungen, die er theils an den Beklagten persönlich, theils für denselben an den Wirth T. geleistet haben

will. Beide Vorinstanzen haben das ersterwähnte Klagfundament für zutreffend erachtet und den Beklagten klaggemäß verurtheilt.

Die gegen das Berufungsurtheil eingelegte Revision kann keinen Erfolg haben.

Außer Streit ist, daß der Beklagte gegen den Kläger auf Zahlung der Eingangs gedachten Forderung beim Landgericht Lissa Klage erhoben hat, aber dem Antrage des damaligen Beklagten gemäß durch Versäumnißurtheil vom 14. März 1888 mit derselben abgewiesen, und daß sein Einspruch durch Urtheil vom 19. September 1888 rechtskräftig verworfen ist. Zuzustimmen ist dem Berufungsrichter zunächst darin, daß ein die Klage abweisendes Versäumnißurtheil materiell dieselben Rechtswirkungen äußert, wie ein Urtheil, welches auf kontradiktorische Verhandlung ergangen ist, — vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 7 S. 396. Es ist deshalb mit den Vorinstanzen davon auszugehen, daß der jetzige Beklagte mit seinem im Vorprozeß klagend geltend gemachten Anspruch endgültig abgewiesen ist.

Dadurch ist das Rechtsverhältniß unter den Parteien definitiv festgestellt, und es ist keiner derselben gestattet, sich mit dem Ergebniß des Prozesses wider den Willen des anderen Theils in Widerspruch zu setzen. Freilich hat die Entscheidung nur einen verneinenden Inhalt; die Anerkennung eines dem damaligen Beklagten gegen seinen Gegner zustehenden Rechtes ist insbesondere darin nicht enthalten. Aber dadurch, daß der Richter des Vorprozesses dem mit der Klage verfolgten Recht die Anerkennung versagte, brachte er zugleich zum Ausdruck, daß ein solches Recht nicht besteht. Dies negative Ergebniß des Prozesses äußert hauptsächlich darin seine Wirkung, daß der obsiegende Beklagte dem von Neuem den Anspruch verfolgenden Gegner die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegensetzen darf; auch ist ihm nicht versagt, das judikatmäßig feststehende Rechtsverhältniß bei Geltendmachung eines anderweiten Anspruchs als Grundlage und Ausgangspunkt zu verwerthen. Ist nun durch das oben erwähnte Versäumnißurtheil unter den Parteien rechtskräftig festgestellt, daß die damals vom jetzigen Beklagten klagend verfolgte Hypothekenforderung demselben nicht zustand, so ist ihm damit für alle Zeit das Recht abgeschnitten, die Hypothek klagend gegen den jetzigen Kläger zu verfolgen. Sie ist deshalb, selbst wenn das Urtheil unrichtig gewesen wäre, solange sie in den

Händen des Beklagten verbleibt, als erloschen zu betrachten. A.G.O. . 16 § 1, A.L.R. I 16 § 7.

Ist dies aber der Fall, so ist die Eintragung im Grundbuch u einer inhaltlosen geworden, und besteht nunmehr ein Widerspruch wischen der wirklichen Rechtslage und dem Inhalt des Grundbuchs. Der Beklagte darf daher der Löschung der nur noch formalen Eintragung nicht widersprechen und muß die zur Herbeiführung derelben nach § 94 Grundbuchordnung erforderliche Bewilligung dem Grundeigenthümer ertheilen. Vergl. Urtheil des Reichsgerichts vom .3. April 1897, V. 27/87.

Von den Instanzrichtern ist nun zwar nicht aufgeklärt, ob im Vorprozeß mit der erhobenen Klage der dingliche Anspruch aus der Hypothek oder nur der persönliche Anspruch aus dem Vertrage verfolgt ist. Aber selbst wenn letzteres zutrifft, so würde doch die Verurtheilung des Beklagten zur Löschungsbewilligung dadurch nicht abgewandt werden. — Nach § 9 A.L.R. I. 16 können Rechte durch richterliches Erkenntniß erlöschen; auch bleibt in diesem Falle eine Naturalobligation nicht zurück. Nach § 8 a. a. O. werden mit Erlöschung der Hauptverbindlichkeit auch die daraus fließenden oder zu deren Verstärkung übernommenen Nebenverbindlichkeiten aufgehoben, sofern sie nicht durch Gesetze oder durch ausdrückliche Verabredungen vorbehalten sind. Durch die Tilgung des persönlichen Anspruchs erlischt daher in der Regel das dingliche Recht des Hypothekengläubigers, § 520 A.L.R. I. 20. — Rechte Dritter kommen hier nicht in Betracht; denn der Kläger ist allein persönlicher Schuldner, ist auch immer, da ein Eigenthumswechsel seit Eintragung der Hypothek nicht stattgehabt hat, allein dem Gläubiger dinglich verhaftet gewesen. Es ergiebt sich hieraus, daß, wenn das Urtheil des Vorprozesses auch nur den persönlichen, durch Hypothek gesicherten Anspruch des Beklagten verneint haben sollte, doch durch diese Entscheidung der Hypothek die rechtliche Basis entzogen und damit für den Kläger das Recht entstanden ist, den Konsens zur Löschung der Eintragung vom Beklagten zu fordern. — Wenn die Revision sich hiergegen auf die Entscheidungen des Reichsgerichts vom 17. Februar 1881 (Gruchot, Beiträge Bd. 26 S. 112) und des Obertribunals zu Berlin vom 24. März 1871 (Striethorst Archiv Bd. 82 S. 6) bezieht, so übersieht sie, daß beide den Fall betreffen, wo der Eigenthümer auf Grund einer vom Vorbesitzer geleisteten Zahlung die Löschung der Hypothek fordert, während

hier ein Besitzwechsel seit Konstituirung der Hypothek nicht stattgefunden hat.

Daß die Angabe des Tilgungsmodus nicht wesentliches Erforderniß des Anspruchs auf Löschung ist, hat das Reichsgericht bereits im Urtheil vom 23. Mai 1888 (V. 74/88) angenommen; es genügt, daß das Gericht von dem Erlöschen der Forderung überhaupt die Ueberzeugung gewonnen hat.

Nr. 56.

1. Wirkung einer Generalquittung, welche sich nicht auf eine gehaltene Berechnung — A.L.R. I. 16 § 116 — bezieht. Erforderniß der ausdrücklichen Willenserklärung bei Verzichten. Was ist unter „ausdrücklicher Willenserklärung" im § 381 I. 16 zu verstehen?

2. Beweiskraft außergerichtlicher Geständnisse.

C.P.O. § 259.

(Urtheil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 2. Mai 1889 in Sachen der Handlung D. u. Ko., Klägerin, wider Fedor B., Beklagten. VI. 58/89.)

Auf die Revision der Klägerin ist das Urtheil des preuß. Kammergerichts aufgehoben, und die Sache in die zweite Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe:

Im Dezember 1885 kaufte die Klägerin für die Schwester des einen Mitinhabers der klägerischen Handlung das damals im Bau begriffene Grundstück W.-Straße Nr. 26 in Berlin, auf welchem der Beklagte als Hypothekgläubiger eingetragen war. Klägerin behauptet nun, Beklagter habe sie beauftragt, Keller und Balkenlage, die nicht ordnungsmäßig hergestellt gewesen, herzurichten, und habe sich verpflichtet, hierfür 3000 M. an sie zu zahlen, und zwar an dem Tage, an welchem der Bau fertig gestellt werde; dieses sei am 1. September 1886 der Fall gewesen.

Beklagter giebt zu, daß er sich bereit erklärt habe, der Klägerin für einen solchen Bau eine „Bonifikation" von 3000 M. zu zahlen, behauptet jedoch, daß dieses unter der Bedingung geschehen sei, daß die Bebauung des Grundstücks so gefördert werde, daß dasselbe im August 1886 im Rohbau abgenommen und das fertige Haus am 1. April 1887 bezogen und in die städtische Feuerkasse aufgenommen werden könne, diese Bedingungen seien nicht erfüllt.

Außerdem hat der Beklagte sich auf einen Revers der Klägerin

vom 17. April 1886 berufen, in welchem zunächst anerkannt ist, daß drei näher bezeichnete Wechsel der Klägerin von dem Beklagten zurückgegeben und daß andere Wechsel außer einem näher beschriebenen noch an den Beklagten zu zahlenden nicht in dessen Besitze seien. Dann heißt es: „Bei dieser Gelegenheit erklären wir, daß wir aus sämmtlichen mit Herrn Fedor B. geschlossenen Verträgen, mit ihm gehabten Abrechnungen, für denselben ausgestellten Hypotheken keinerlei Ansprüche an denselben haben, dieselben mögen Namen haben, welchen sie wollen, und geltet dieses als Generalquittung".

Das Berufungsgericht läßt es nun dahingestellt, ob dieses Schriftstück als eine Generalquittung im Sinne des § 116 A.L.R. I. 16 anzusehen sei. Es nimmt an, das Schriftstück enthalte jedenfalls einen umfassenden Verzicht auf alle Ansprüche der Klägerin aus sämmtlichen mit dem Beklagten geschlossenen Verträgen ꝛc.; bei analoger Anwendung des § 117 daselbst, wonach eine nach § 116 a. a. O. zu beurtheilende Quittung auf Forderungen, die zwar damals schon vorhanden, aber noch nicht fällig gewesen, keineswegs zu deuten sei, sei dann, wenn der Klaganspruch zur Zeit der Aufstellung des Reverses vom 17. April 1886 bereits fällig gewesen, anzunehmen, daß der Anspruch zu denjenigen gehöre, auf welche Klägerin verzichtet habe; daß aber der Anspruch bereits damals fällig gewesen, ergebe sich aus den Anführungen in der Klageschrift.

Die Revision rügt nun Verletzung der §§ 116 und 381 A.L.R. I. 16.

Es ist der Revision darin Recht zu geben, daß die Voraussetzungen für die Anwendung des § 116 A.L.R. I. 16 nicht vorliegen. Der Paragraph verlangt, daß die Quittung sich auf eine gehaltene Berechnung beziehe; und zwar muß solches in der Quittung selbst zum Ausdruck gelangt sein (Strieth. Arch. Bd. 85 S. 345. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 21 S. 399). Dieses ist hier nicht der Fall. Dagegen kann es nicht als richtig angesehen werden, wenn die Revision ausführt, daß ein allgemeiner Erlaß oder Vergleich ebenfalls nur nach einer vorangegangenen Berechnung stattfinden könne, indem die Vorschrift des § 116 a. a. O. gerade auf der Voraussetzung eines allgemeinen Verzichts beruhe. Der § 116 a. a. O. behandelt nur den Fall, wenn die Quittung sich auf eine gehaltene Berechnung bezieht, und in derselben bekannt wird, daß der Empfänger dem Aussteller nichts mehr schuldig geblieben sei. Daneben bestehen aber die Vorschriften über den Erlaß und den Verzicht (§§ 378 ff. A.L.R. I. 16). Mit Recht rügt aber die Revision die Verletzung

des § 381. Nach diesem Paragraph kann nicht jede Urkunde, welche sich als Generalquittung bezeichnet, wenn in ihr die Bezugnahme auf eine gehaltene Berechnung fehlt, ohne Weiteres als Verzicht oder Erlaß angesehen werden. Denn der Verzicht oder Erlaß verlangt eine ausdrückliche Willenserklärung im Sinne des § 57 A.L.R. I. 4. Nun ist zwar eine ausdrückliche Willenserklärung nicht bloß dann vorhanden, wenn die beabsichtigten Folgen gerade mit ihrer gesetzlichen oder sonst üblichen Bezeichnung direkt ausgedrückt sind, sondern es genügt, wenn aus dem Inhalte der Erklärung, aus den gebrauchten Ausdrücken in ihrem Zusammenhang der auf das Rechtsgeschäft gerichtete Wille bestimmt und unzweideutig erhellt (vgl. Strieth. Arch. Bd. 26 S. 100, Bd. 70 S. 106, Bd. 97 S. 161). Dagegen kann es als eine ausdrückliche Willenserklärung nicht angesehen werden, wenn, wie hier von dem Berufungsgerichte festgestellt, die gebrauchten Worte nur „wenigstens" „darauf hindeuten", daß nach Absicht der Parteien hat gesagt werden sollen, daß künftige Ansprüche von der Klägerin gegen den Beklagten nicht geltend gemacht werden sollten. Hierin liegt nicht die Feststellung einer ausdrücklichen Willenserklärung, wie solche für einen Erlaß oder Verzicht nach § 341 I. 16 erforderlich ist. Dieser Paragraph ist daher verletzt.

Die Revision greift weiter die Ausführungen des Berufungsgerichts an, in denen entwickelt wird, daß durch außergerichtliches Geständniß der Klägerin feststehe, daß die streitige Forderung zur Zeit der Ausstellung der sog. Generalquittung schon fällig gewesen sei. — — —

Es ist anzuerkennen, daß das Berufungsgericht sich von unrichtigen Grundsätzen über das außergerichtliche Geständniß hat lenken lassen und den § 259 C.P.O. nicht richtig aufgefaßt hat.

Das außergerichtliche Geständniß enthielt schon nach früherem Rechte keinen formellen Beweisgrund; es bewies vielmehr nur insofern, als es den Umständen nach als glaubwürdig anzusehen war. Die Beweiskraft desselben beruhte auf dem Erfahrungssatze, daß regelmäßig Niemand ihm nachtheilige Angaben machen oder anerkennen wird, wenn sie nicht wahr sind. Daher setzte es das Bewußtsein voraus, daß die betreffende Thatsache der Partei nachtheilig sei; es muß der animus confitendi vorhanden sein. Hieran fehlt es, wenn, wie hier, die Behauptungen aufgestellt sind, um darauf Ansprüche zu stützen. Ferner konnten auch schon früher andere Umstände z. B. ein späterer Widerruf die Glaubwürdigkeit des Geständnisses beein-

trächtigen. Für das gegenwärtige Recht kommt § 259 C.P.O. zur Anwendung. Darnach hat das Gericht nach freier Ueberzeugung und unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen darüber zu entscheiden, ob ein außergerichtliches Geständniß glaubwürdig ist, und es ist nicht richtig, wie das Berufungsgericht annimmt, daß rechtlich das außergerichtliche Geständniß einen vollen Beweis der eingestandenen Thatsache ergebe, wenn nicht nachgewiesen werde, daß es nicht der Wahrheit entspreche. Vielmehr wird nur, soweit das außergerichtliche Geständniß glaubwürdig erscheint, etwas durch dasselbe bewiesen. Dabei mag auch jetzt der Erfahrungssatz, daß man eine Thatsache, von welcher man überzeugt ist, daß sie einem nachtheilig sein werde, nicht einzuräumen pflegt, wenn man sie nicht für wahr hielt, von Bedeutung sein, und es thatsächlich regelmäßig oder oft rechtfertigen, die betreffende Thatsache als erwiesen anzusehen. Andererseits ist es gegenwärtig auch dem Gerichte nicht verwehrt, Behauptungen, die eine Partei in der Ueberzeugung, daß sie ihr günstig seien, aufgestellt hat, die also ein Geständniß nicht enthalten, für glaubwürdig anzusehen. In dem vorliegenden Fall ist aber nicht festgestellt, daß die fragliche Behauptung in der Klagschrift an sich glaubwürdig erscheine.

Nr. 57.

Muß der über einen Vergleich errichtete schriftliche Vertrag (Revers) das Nachgeben beider Kontrahenten zum Ausdruck bringen?

A.L.R. I. 16 §§ 405, 407.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 3. Oktober 1888 in Sachen L., Beklagten, wider W., Kläger. V. 153/88.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Naumburg ist zurückgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Berufungsrichter stellt zunächst ohne Rechtsirrthum fest, daß die angebliche Erklärung des Verkäufers, das Haus sei ohne Tadel, nicht die Zusicherung einer besonderen Eigenschaft des Kaufobjekts enthalte, sondern nur als eine allgemeine rechtlich bedeutungslose Anpreisung aufgefaßt werden könne. Er führt dann weiter aus, daß der Mangel, welcher durch den Schwamm hervorgerufen werde, als das Fehlen einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft anzusehen sei, was den Beklagten berechtigen würde,

von dem Vertrage abzugehen, wenn ihm nicht der Revers vom 14. September 1887 entgegenstände.

Inhalts desselben haben sich die Parteien dahin geeinigt, daß der Kläger dafür aufkommen soll, daß in dem fraglichen Hause der Schwamm nicht wieder hervortrete. Gleichzeitig hat derselbe sich verpflichtet, diejenigen Reparaturen zu bezahlen, welche bis zum 1. Januar 1889 sich wegen des Schwammes als erforderlich herausstellen sollten. Hinsichts des letzteren haben sich die Parteien dem Ausspruch des Zimmermeisters F. unterworfen. — Der Berufungsrichter erblickt hierin einen Vergleich des Inhalts, daß der Kläger die darin speziell ausgedrückten Verpflichtungen übernahm, wogegen der Beklagte sich damit einverstanden erklärte, daß seine aus der Gewährleistungspflicht des Klägers fließenden Rechte auf das in dem Abkommen Zugesagte abgemindert werden sollten. Er folgert dies nicht nur aus der Bezeichnung des Niedergeschriebenen als Einigung, sondern auch aus der eigenen Darstellung des Beklagten hinsichts der vorhergegangenen Verhandlungen und Verabredungen. Seine hierauf bezüglichen Ausführungen liegen sämmtlich auf dem Gebiet der Urkundenauslegung und sind darum der Revision nicht zugänglich.

Unzutreffend aber ist die Rüge des Beklagten, daß in dem Reverse ein wesentliches Erforderniß des Vergleichs — gegenseitiges Nachgeben — nicht zum Ausdruck gelange. Er übersieht dabei, daß die über den Vergleich aufgenommene Urkunde nicht nothwendig die einzelnen Differenzpunkte, die in den dem Abkommen vorhergegangenen Verhandlungen zur Sprache gekommen sind, zu enthalten braucht, sondern daß es (wie vom vormaligen Ober-Tribunal im Erkenntniß vom 23. Januar 1855 (Striethorst's Archiv Bd. 15 S. 335) und vom Reichsgericht im Urtheil vom 27. Januar 1888 V. 110, 88. angenommen ist) genügt, wenn das in der Urkunde fixirte Rechtsverhältniß sich in Wirklichkeit als das Resultat der vergleichsweise zu Stande gekommenen Vereinbarung darstellt.

Nr. 58.

Novation durch ein schriftliches, nach stattgehabter Berechnung abgegebenes Anerkenntniß.

A.L.R. I. 16 §§ 450, 452.

Unzulässigkeit von Einreden aus der alten Schuld.

I. 16 § 467.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 16. Mai 1889 in Sachen K.'sche Eheleute, Beklagte, wider v. P., Kläger. IV. 47/89.)

Die Revision der Beklagten ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Parteien haben mit einander in Geschäftsverbindung gestanden und nach der Behauptung des Klägers am 23. Oktober 1881 hinsichtlich ihrer gegenseitigen Ansprüche Abrechnung gehalten. Bei dieser hat sich nach der ferneren Behauptung des Klägers zu seinen Gunsten ein Guthaben von 1744 Mk. ergeben, über welches die Beklagten ihm ein Schuldbekenntniß folgenden Inhalts ertheilt haben:

„1744 Mk. nach heutiger Berechnung schuldigen wir unterschriebene meinem Schwager Franz von P. und verpflichten wir von heute ab zu 6 % zu verzinsen und bemerken, daß die Zinsen von dem eingetragenen Kapital bis zum Jahre 1881 mit eingerechnet sind.

Zawadda, den 23. Oktober 1881. B. K. J. K."

Auf dieses Schuldanerkenntniß ist die Klage gestützt und dasselbe von beiden Instanzrichtern ohne erkennbaren Rechtsirrthum als ein ausreichendes Klagefundament erachtet.

Die Beklagten haben die Echtheit ihrer Unterschrift unter dem Schriftstücke bestritten, solche ist jedoch vorderrichtlicherseits für festgestellt angenommen, nachdem die Beklagten die Ableistung des ihnen nach dieser Richtung angetragenen Eides verweigert haben.

Ferner haben die Beklagten die Richtigkeit des Inhalts des Schriftstücks insofern in Abrede gestellt, als ihrer Angabe nach die bescheinigte Berechnung in Wirklichkeit nicht stattgefunden hat. Dieser Einwand ist auf Grund des vom Kläger geleisteten Delateides für widerlegt erachtet.

Sodann ist vom beklagten Ehemann geltend gemacht, daß er Analphabet sei und nur seinen Namen deutsch schreiben könne, sonst aber die deutsche Sprache weder zu lesen noch zu schreiben verstehe. Der erste Richter hat den über diese Behauptung angetretenen Beweis erhoben, aber nicht für geführt erachtet, sodaß diese Einrede unerwiesen geblieben ist. Der Berufungsrichter ist dieser nicht anzufechtenden Annahme beigetreten.

Endlich haben Beklagte bestritten, daß sich das Schuldanerkennt-

niß als selbständiger Schuldgrund darstelle. — Unter Ueberreichung einer von dem Kläger aufgestellten Rechnung über die streitige Schuld haben sie deren Positionen im Einzelnen bemängelt, indem sie dieselben theils als erdichtet, theils als verjährt bezeichnen und solches des Näheren darzulegen versuchen.

Der Berufungsrichter geht davon aus, daß das Schuldanerkenntniß als eine neue selbständige Verpflichtung anzusehen sei, und verwirft die von den Beklagten gegen die alte Schuldverbindlichkeit erhobenen Einwendungen als unzulässig, und zwar mit folgender Motivirung:

Nach § 452 A.L.R. I. 16 werde zwar durch die bloße Ausstellung neuer Urkunden über eine schon vorhandene Schuld in der Natur derselben nichts geändert, wohl aber erlösche nach § 454 ebenda die alte Schuld durch Umschaffung, wenn eine neue Verbindlichkeit ausdrücklich an die Stelle der vorigen gesetzt werde; dieser Fall der Novation liege hier vor; ein schriftliches, nach stattgehabter Berechnung abgegebenes Anerkenntniß begründe an sich eine neue Schuld, es sei ein in der gehörigen Form mit dem nöthigen Schuldgrunde versehener Verpflichtungsakt; dadurch, daß diese neue Obligation ausdrücklich auf Grund der stattgehabten Berechnung begründet werde, sei zugleich erklärt, daß die neue Forderung an die Stelle der alten verrechneten Einzelforderungen treten solle; sonach sei anzunehmen, daß Parteien hier durch Novation die neue Forderung an die Stelle der einzelnen, der Berechnung zu Grunde gelegten Forderungen gesetzt haben; die Beklagten können daher nur solche Einwendungen erheben, welche sich gegen die neue Forderung aus dem Anerkenntnisse richten (§ 467 A.L.R. I. 16); derartige Einwendungen seien jedoch von den Beklagten mit Erfolg nicht vorgebracht, indem die sämmtlichen, von ihnen aufgestellten vorstehend erwähnten Behauptungen nur die nicht mehr in Betracht kommenden einzelnen Rechnungsfaktoren und deren Rechtsbeständigkeit betreffen, die Beklagten auch trotz des geübten Fragerechts keine Umstände geltend gemacht haben, welche dafür sprechen, daß das Anerkenntniß aus wesentlichem Irrthume über das Nichtbestehen dieser einzelnen Rechnungsposten abgegeben sei.

Diese Annahmen stehen mit der in Praxis und Theorie herrschenden Auffassung im Einklange und sind rechtlich nicht zu beanstanden.

Vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen

Bd. II. S. 49, 337; Bd. III. S. 264; Bd. V. S. 126; Urtheil des III. Civilsenats des Reichsgerichts vom 19. Dezember 1884 III. 230/84 in Sachen C. wider P; Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1885, S. 76; Striethorst, Archiv Bd. 67, S. 361; Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. III. S. 432; Bd. IV. S. 73, 76; Bd. XVI. S. 126; Förster-Eccius, Theorie und Praxis, V. Aufl. Bd. I. § 41, S. 199; § 76, S. 439, 440; § 91, S. 579; Dernburg, Preußisches Privatrecht, Bd. II. § 15.

Die Bemängelungen der Revision treffen nicht zu. Wenn darauf hingewiesen wird, daß die Hingabe eines Wechsels über eine schon bestehende Schuld nicht die Natur und Wirkung der Novation habe, so ist die Erheblichkeit dieses Hinweises für die gegenwärtige Beurtheilung nicht ersichtlich. Ebenso müßig sind die Ausführungen über den Unterschied zwischen „Abrechnung" und „Saldirung". Endlich ist die vermißte Feststellung, daß nach dem Willen der Parteien die verbriefte Schuld an die Stelle der alten Schuld treten sollte, wie die vorstehend wiedergegebenen Entscheidungsgründe ergeben, getroffen worden.

Nr. 59.

Wird durch den dem Käufer gegenüber gerechtfertigten Rücktritt des Verkäufers die Ausübung des bis dahin nicht geltend gemachten Vorkaufsrechts vereitelt?

A.L.R. I. 20 § 618.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 26. Juni 1889 in Sachen E., Klägerin, wider F., Beklagten. V. 125/89).

Die Revision der Klägerin wider das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Hamm ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

In erster Instanz war der Beklagte verurtheilt worden,

der Klägerin die — näher bezeichnete — Parzelle nebst aufstehendem Hause gegen Zahlung des Kaufpreises von 34000 M. gemäß den mit dem Schreinermeister H. in dem Kaufvertrage vom 28. Januar 1886 stipulirten Kauf- und Zahlungsbedingungen zu verkaufen und an Klägerin aufzulassen, event. falls Beklagter hierzu nicht im Stande sein sollte, den in separato zu liquidirenden Schaden zu ersetzen.

In zweiter Instanz ist die Klage abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin macht mit der vorliegenden Klage das persönliche Vorkaufsrecht geltend, welches ihr von dem Beklagten und einem gewissen N., — beide damals Miteigenthümer des jetzt dem Beklagten allein gehörigen Grundstücks, — in einem dieses Grundstück betreffenden Miethsvertrage bis zum 1. Februar 1885 eingeräumt worden ist, — macht es geltend in Beziehung auf einen am 28. Januar 1885 zwischen dem Beklagten und dem Schreiner H. über das fragliche Grundstück schriftlich geschlossenen Kaufvertrag, welcher durch Uebergabe am 1. Februar 1885, durch Auflassung innerhalb 14 Tagen zu erfüllen war.

Der Berufungsrichter hat der Klägerin die Ausübung des Vorkaufsrechts in Beziehung auf diesen Kaufvertrag versagt, weil, als Klägerin mit der vorliegenden Klage die Erklärung abgab, das Vorkaufsrecht ausüben zu wollen, „der Beklagte längst mit Recht von dem mit H. abgeschlossenen Kaufvertrage zurückgetreten war." — —

Es bleibt zu prüfen, ob der an sich d. h. dem Käufer gegenüber gerechtfertigte Rücktritt des Verkäufers die Ausübung des bis dahin nicht geltend gemachten Vorkaufsrechts vereitelt. Der Berufungsrichter hat dies angenommen und gründet diese Annahme auf analoge Anwendung des § 618 A.L.R. I. 20:

> So lange der Berechtigte sich über die Ausübung seines Rechts noch nicht erklärt hat, können der Verkäufer und der erste Käufer mit gegenseitiger Einwilligung von dem Kaufe wieder zurücktreten.

Diese Analogie ist auch begründet. Es ergiebt sich aus der gedachten Vorschrift, daß das *Eintrittsrecht* des Vorkaufsberechtigten erst mit der Erklärung, davon Gebrauch machen zu wollen, endgültig *erworben* wird. (Vergl. Dernburg Bd. I S. 376, 4. Aufl.). Bis zu diesem Zeitpunkt haben die Kontrahenten mit der Beschränkung des § 620 a. a. O. freie Hand. Sie können zwar (nach erfolgter Bekanntmachung) an den Bedingungen des Verkaufs zum Nachtheile des Vorkaufsberechtigten nichts ändern, sie sind aber auch diesem gegenüber nicht gebunden, das zwischen ihnen bestehende Vertragsverhältniß bis zum Ablauf der Erklärungsfrist (§ 610) aufrecht zu halten. Ist der Verkauf, bevor der Vorkaufsberechtigte seinen Eintritt erklärt hat, rückgängig geworden, so ist damit dem Vorkaufsrecht für diesen Fall der Boden entzogen, es fehlt an einem Vertrage, in welchen der Berechtigte eintreten könnte. In dieser Beziehung aber erscheint es gleichgültig, ob der Vertrag durch gegenseitige Einwilligung aufgehoben

worden ist, oder durch einseitigen Rücktritt, wenn nur der letztere gleichviel, ob — wie im vorliegenden Falle — durch ausdrückliche Vertragsbestimmung vorbehalten, oder nach der Natur des Geschäfts (vergl. § 230 A.L.R. I. 11) gestattet war.

Nr. 60.

Kann an Fossilien eines Grundstücks (Mergel), abgesehen von den dem Bergbau unterworfenen Mineralien, ein besonderes Eigenthum gedacht werden?

I. 2 § 4. I. 21 § 187.

Sind dieselben, wenn das Grundstück früher zu Erbpachtsrechten besessen wurde, durch das Gesetz vom 2. März 1850 Eigenthum des Erbpächters geworden?

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 20. September 1888 in Sachen der A.'schen Eheleute, Beklagte, wider v. Z., Kläger. V. 155/88.)

Auf die Revision der Beklagten ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Stettin aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist Eigenthümer des Ritterguts G. Den Beklagten dagegen gehört die daselbst belegene Wassermühle, ein vormaliges vom Rittergut abgezweigtes Erbpachtgrundstück. In dem zwischen dem derzeitigen Rittergutsbesitzer v. B. und dem Vorbesitzer der Beklagten Gottlob F. abgeschlossenen Erbpachtvertrage vom 29. Mai 1829 ist unter Nr. 7 folgende Bestimmung getroffen:

„Die unterirdischen Erzeugnisse verbleiben der Gutsherrschaft mit Ausnahme des sich etwa vorfindenden Mergels; diesen kann der Erbpächter und seine Nachkommen zur Ackerkultur wirthschaftlich benutzen, zum Verkauf an Fremde sind sie aber nicht berechtigt."

Eine Eintragung im Grundbuch ist hieraus nicht erfolgt.

Der Kläger behauptet nun, daß die Beklagten der Bestimmung zuwider 30 Schachtruthen Mergel an Fremde verkauft haben, und begehrt klagend:

dem Beklagten den Verkauf des Mergels aus dem G.'schen Mühlengrundstücke Nr. 14 des Grundbuchs an Fremde, bei Vermeidung einer namhaften Strafe für jeden Kontraventionsfall zu untersagen.

Der Berufungsrichter hat diesem Antrage, unter Abänderung des die Klage abweisenden erstinstanzlichen Urtheils, entsprochen.

Seine Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrthum. Er stellt zuerst den Satz auf, daß es zunächst auf die Erörterung und Feststellung ankomme, welche rechtliche Natur der im § 7 des Erbpachtkontrakts über den Mergel getroffenen Bestimmung beizulegen sei. Er sagt dann weiter, daß zwei Auslegungen möglich seien: die eine dahin gehend, daß der Mergel, wie die unterirdischen Erzeugnisse überhaupt, nicht dem Erbpachtrecht unterworfen werde, sondern der Gutsherrschaft, unter gleichzeitiger Einräumung eines beschränkten Nutzungsrechts für den Erbpächter, zu vollem Eigenthum verbleibe; die andere, daß der Mergel nicht vom Erbpachtrechte ausgeschlossen, dagegen dem Erbpächter insofern eine Beschränkung auferlegt sei, als er den Mergel an Fremde nicht veräußern dürfe. Der ersteren Auffassung giebt er den Vorzug und stellt schließlich als den Willen der Kontrahenten fest, daß bezüglich des Mergels jenes spezielle Nutzungsrecht, keine Erbpacht für den Erbpächter habe konstituirt werden sollen. Diese Ausführung ist rechtsirrthümlich.

Ueber den Inhalt des § 7 des Erbpachtvertrags und der daraus fließenden wechselseitigen Befugnisse besteht unter den Parteien kein Streit. Sie sind darüber einig, daß nach dem Vertrage der jedesmalige Erbpächter den im Grundstück vorhandenen Mergel zur Ackerkultur wirthschaftlich benutzen durfte, aber nicht berechtigt sein sollte, ihn an Fremde zu veräußern. Auch darüber ist andererseits kein Streit, daß dem Erbpächter Nutzungsrechte an dem Mergellager nicht zustehen sollten. Das, was die Kontrahenten mit dem Vertrage beabsichtigten, unterliegt hiernach keinem Zweifel, und braucht nicht erst durch Interpretation gefunden zu werden. Die Frage ist vielmehr lediglich dahin zu stellen, unter welchen Rechtssatz das gegebene Verhältniß zu subsumiren ist, um danach beurtheilen zu können, ob die Rechte, die kontraktmäßig dem Erbpächter zustanden, nach dem Stande der jetzigen Gesetzgebung ihre Wirksamkeit behalten haben oder nicht. Der Berufungsrichter irrt daher, wenn er glaubt, die Vertragsurkunde zu interpretiren; in Wirklichkeit hat er, ganz in Einklang mit seiner eigenen Erörterung im Eingange der Entscheidungsgründe nichts weiter gethan, als daß er die dem Erbverpächter vorbehaltenen Befugnisse rechtlich als ein zu Gunsten des Erbpächters mit einer Servitut belastetes Eigenthum am Mergellager qualifizirt hat.

Diese Erörterungen beruhen aber auf einer Verkennung des Wesens sowohl des Eigenthums, wie des Erbpachtrechts. Richtig ist zwar, daß nach dem A.L.R. der Erbpächter nur das Nutzungsrecht

in der Sache erlangt, während das Eigenthum derselben dem Erbverpächter verbleibt, §§ 181, 199 I. 21. Es kann dem Berufungsrichter auch zugegeben werden, daß es dem Wesen der Erbpacht nicht widerspricht, daß dem Erbpächter hinsichts der Benutzungsweise des Grundstücks gewisse Einschränkungen auferlegt werden, und daß, wenn bestimmte reale Theile der vererbpachteten Sache von dem Nutzungsrecht des Erbpächters ausgenommen werden, dem Erbverpächter daran das volle Eigenthum verbleibt. Unanwendbar aber ist dieser Grundsatz auf solche Theile des Grund und Bodens, an denen ein selbständiger Besitz nicht möglich ist.

Es mag richtig sein, daß Lagerstücke von Fossilien, Mineralien u. dgl. mehr, wenn sie vorher genügend aufgeschlossen sind, einen selbständigen körperlichen Gegenstand des Eigenthums bilden können. Ist dies aber nicht der Fall, sind sie unausgesonderte Bestandtheile des Grund und Bodens, so ist an ihnen ein gesondertes Eigenthum rechtlich nicht möglich. Abgesehen von den dem Bergbaurecht unterworfenen Mineralien und Fossilien, die hier nicht in Betracht kommen, herrscht über diese Frage in Theorie und Praxis kein Streit. — Was aber vom Eigenthum gilt, muß wegen Gleichheit des Grundes auch auf die Erbpachtgerechtigkeit Anwendung finden. Der Erbpachtvertrag gewährt nach § 187 A.L.R. I. 21 dem Erbpächter das vollständige Nutzungsrecht der fremden Sache. — Dies erfaßt demgemäß, wenn auch qualitativ schwächer, als das Eigenthum, das die volle rechtliche Herrschaft gewährt, so doch, wie dies, die ganze Sache in allen ihren Theilen. Es ergiebt sich hieraus, daß der Erbpächter, soweit sein Nutzungsrecht reicht, den Erbverpächter von dem Grundstück in allen seinen Bestandtheilen ausschließt und ein nutzbares Eigenthum des Erbverpächters an integrirenden Theilen des Grundstücks neben dem Erbpachtrecht nicht möglich ist. Daß der in dem Gute stehende, zur Zeit des Vertrags noch nicht aufgeschlossene Mergel einen Substanztheil desselben bildete, kann einem Zweifel nicht unterliegen; es folgt also, daß ein dem Recht des Erbpächters analoges Nutzungsrecht daran für den Erbverpächter nicht entstehen konnte, das Erbpachtrecht vielmehr den gesammten, im Gute vorhandenen Mergel mitumfaßte. Infolge des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 § 2 Nr. 2 ist derselbe mit dem Grundstück Eigenthum des derzeitigen Erbpächters geworden.

Diese Grundsätze verkennt der Berufungsrichter, und ergiebt sich hierans die Aufhebung seiner Entscheidung. In der Sache selbst ist

die Berufung zurückzuweisen. Dem ersten Richter ist darin beizutreten, daß durch den § 7 des Erbpachtvertrags weder eine Dispositionsbeschränkung im Sinne des § 11 des Grundeigenthumserwerbsgesetzes noch eine Grundgerechtigkeit im Sinne des § 12 a. a. O. konstituirt ist. Denn die erstere setzt eine qualitative Beschränkung des Eigenthums voraus, während hier nur zu Gunsten einer bestimmten Person ein spezielles Untersagungsrecht, eine Beschränkung des Eigenthümers in seiner Disposition stipulirt ist. Ein solches kann zwar den Inhalt einer Grundgerechtigkeit bilden, hat dann aber zur Voraussetzung, daß die Beschränkung dem herrschenden Grundstück zum Vortheil gereicht. Hieran fehlt es im vorliegenden Falle, da die Abrede allein auf Konservirung und Verbesserung des dienenden Grundstücks abzielt. — Es handelt sich daher lediglich um ein Untersagungsrecht des Erbverpächters, das ihn in Stand setzte, der Veräußerung von Mergel seitens des Erbpächters entgegen zu treten. Dies Recht diente aber ausschließlich den Rechten des Erbverpächters an dem Grundstück und ist mit denselben durch das Gesetz vom 2. März 1850 hinfällig geworden. —

(Die weiteren Gründe interessiren nicht.)

Nr. 61.

Wird derjenige, welcher eine Wohnung zu einer bestimmten Zeit vermiethet, dieselbe aber nicht übergeben kann, weil sein Beauftragter die Kündigung des früheren Miethers versäumt hat, durch den Umstand, daß nicht er, sondern sein Beauftragter ein Versehen begangen hat, von der Haftung auf das Interesse gegenüber dem Miether befreit?

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 1. Juni 1889, in Sachen P., Beklagten, wider P., Kläger. V. 70/89.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preußischen Kammergerichts ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet. Durch die Eingehung der Vertrages vom 24. März 1886 hatte der Beklagte die Verpflichtung übernommen, die vermietheten Lokalitäten zur bedungenen Zeit dem Kläger zu übergeben. Die Nichterfüllung zur bedungenen Zeit gab dem Kläger, da diese wesentlich war, das Recht, von dem Vertrage abzugehen, was nicht ausschließt, daß er Vergütung für die Vermögensnachtheile fordern darf, die ihm durch das Verschulden des Beklagten bei Abschluß oder Erfüllung des Vertrages erwachsen sind

(vergl. §§ 272, 273 A.L.R. I. 21, § 284. I. 5; vergl. auch Entscheidungen des ehemaligen preußischen Ober-Tribunals Bd. 75 S. 74). Der Beklagte ist daher nach Maßgabe seines Verschuldens dem Kläger zum Schadenersatz verpflichtet (§§ 285 ff. a. a. O.).

Die Beweislast ist vom Berufungsrichter richtig vertheilt. Er fordert vom Beklagten mit Recht den Beweis der Abwesenheit jedes von ihm zu vertretenden Versehens. Außer Streit ist, daß der Beklagte sich vergeblich bemüht hat, im Prozeßwege die Räumung der vermietheten Lokalitäten gegen den damaligen Inhaber M. zu erzwingen, und daß er deshalb nicht im Stande war, zur bedungenen Zeit die Räume dem Kläger zu übergeben. Der Beklagte kann daher die Verurtheilung zur Leistung des geforderten Erfüllungsinteresses nur durch den Beweis von sich abwenden, daß diese Unmöglichkeit der Erfüllung durch Zufall oder durch Umstände herbeigeführt worden, die er nicht zu vertreten hat.

In dieser Beziehung macht er geltend, daß er gleich nach Eingehung des Vertrages seinen Hausverwalter B. beauftragt habe, dem bisherigen Miether M. zu kündigen, daß B. aber den Auftrag nicht zur rechten Zeit ausgeführt habe. Er meint, daß er für dies Verschulden des B. nicht einzustehen habe, daß aber, wenn es darauf ankomme, bei der undeutlichen Fassung des Vertrages mit M. dem B. nur ein geringes Versehen zur Last falle. Der Berufungsrichter verwirft dies Vorbringen mit folgenden Erwägungen:

„Daß der Beklagte dem bisherigen Miether M. nicht rechtzeitig gekündigt und dieser in Folge dessen sich geweigert habe, die von ihm gemietheten Räume zu verlassen, stelle einen Umstand, den der Beklagte nicht zu vertreten habe, nicht dar, da das Vermiethen einer zur Zeit noch von einem anderen Miether innegehabten Wohnung zugleich das Versprechen enthalte, bis zum Beginn der vereinbarten Miethzeit die Wohnung von jenem anderweiten Miethrecht frei zu machen und zur rechtzeitigen Ueberlassung der Wohnung an den neuen Miether im Stande zu sein. Daß die rechtzeitige Kündigung durch ein Versehen des Hausverwalters unterblieben, vermöge den Beklagten daher nicht zu entschuldigen, da er dem Kläger in dieser Hinsicht für den Erfolg einzustehen hatte."

Gegen diese Ausführung richten sich die Angriffe der Revision. Sie rügt, der Berufungsrichter bringe damit den unrichtigen Rechtssatz zur Anwendung, daß der Schuldner, welcher sich bei Erfüllung

einer Verbindlichkeit der Hülfe eines Dritten bediene, unter allen Umständen für dessen Verschulden einzustehen habe, und macht hiergegen geltend, daß nach den Grundsätzen des preußischen Rechts in einem solchen Falle der Schuldner nur für das eigene Verschulden bei Auswahl des Vertreters (culpa in eligendo) aufzukommen brauche.

Die von der Revision angeregte Frage ist sowohl im Bereich des gemeinen, wie des preußischen Rechts bestritten; es bedarf indessen keines Eingehens auf dieselbe, weil die Ausführungen des Berufungsrichters sich im Wesentlichen auf dem Gebiet der Thatfrage bewegen. Ihnen liegt der richtige Satz zum Grunde, daß der, welcher eine eigene Handlung verspricht, damit zugleich die Zusicherung abgiebt, daß er zur Erfüllung bereit und im Stande sei.

Vergl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts 14 S. 19, Bd. 15 S. 293, Bd. 21 S. 1; Entscheidungen des vormaligen preußischen Obertribunals Bd. 74 S. 153; Striethorst Archiv Bd. 94 S. 52; Urtheile des Reichsgerichts vom 29. Mai 1886 — V. 144. 86 — und vom 3. Oktober 1888 — V. 156. 88. —

Der Revision ist zuzugeben, daß der Kläger sich bei Erfüllung des Miethvertrages, sowie den dieselbe vorbereitenden Handlungen fremder Hülfe bedienen durfte, und deshalb in dem Auftrage an B., die Kündigung zu bewirken, an und für sich ein Verschulden nicht enthalten ist. Andererseits ist auch daran nicht zu zweifeln, daß B., wenn er den ihm gewordenen Auftrag nicht rechtzeitig ausführte, sich eines groben Versehens schuldig gemacht hat.

Ob der Beklagte dafür aufkommen muß, richtet sich in erster Linie nach der Uebereinkunft der Parteien; erst wenn eine solche nicht vorhanden, kommen die ergänzenden Vorschriften des Gesetzes zur Anwendung. Wenn nun der Berufungsrichter den oben erwähnten Behauptungen des Beklagten gegenüber ausspricht, daß der Abschluß des Miethvertrages dem Beklagten die Verpflichtung auferlegte, das Objekt der Miethe von dem darauf haftenden Recht des M. frei zu machen, und dann fortfährt, daß auch das Versehen des Hausverwalters den Beklagten nicht entschuldigen könne, weil der Kläger für den Erfolg in dieser Hinsicht einstehen müsse, so konstatirt er damit im Wesentlichen nur den Willen der Kontrahenten, wie er im Miethvertrage seinen übereinstimmenden Ausdruck gefunden hat. Er stellt dadurch fest, daß der Beklagte in dem abgeschlossenen Vertrage für den zugesicherten Erfolg einzustehen sich verpflichtet

und damit zugleich für das Verhalten derjenigen Personen, deren Hülfe er sich bei Ausführung des Geschäfts bedienen werde, die Garantie übernommen habe. — So aufgepaßt, handelt es sich lediglich um eine thatsächliche der Revision unzugängliche Feststellung, und kann der Umstand, daß die Erfüllung des Vertrages durch die unterlassene Kündigung seitens des Hausverwalters B. unmöglich geworden, den Beklagten nicht entlasten.

Nr. 62.

Rechtsverhältniß zwischen Miether und Aftermiether. Anspruch des letzteren auf Gewährleistung, wenn ihm vom Hauptvermiether das Miethsrecht entzogen wird. Verpflichtung des ersteren, in Ermangelung besonderer Abreden die Zustimmung des Hauptvermiethers zu dem Aftermiethsvertrage zu beschaffen?

A.L.R. I. 21 §§ 309 ff., 323.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 22. Mai 1889 in Sachen des Berliner Spediteur-Vereins, Beklagten, wider die Handlung Samuel M., Klägerin. IV. 51/89.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preuß. Kammergerichts ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Beklagter ist Miether des Ostbahnhofes in Berlin bis zum 1. Januar 1893. Nach dem mit der Eisenbahndirektion in Bromberg geschlossenen Miethvertrage darf derselbe ohne Genehmigung der Direktion nicht aftervermiethen. Die Klägerin wußte dies, als sie mit dem Beklagten in Verhandlungen über einen Untermiethvertrag eintrat. Nach der Behauptung der Klägerin führten diese Verhandlungen zum mündlichen Abschluß eines Vertrages, durch welchen der Beklagte der Klägerin bestimmte Räume des Bahnhofs bis zum 1. Januar 1893 für den jährlichen Miethszins von 11500 M. unbedingt vermiethete. Schriftlich ist zwischen den Parteien nur folgender Vertrag mit der Ueberschrift „Interimistischer Vertrag" am 17. Januar 1887 abgeschlossen: „Der Berliner Spediteur-Verein Aktiengesellschaft vermiethet an die Firma Samuel M. vom 1. Februar d. Js. ab die auf der Skizze verzeichneten Räume auf der Ostbahn einschließlich eines auf dem Pachtobjekt liegenden Schienenstranges gegen einen jährlichen Miethspreis von 11500 M., zahlbar in vierteljährlichen Raten. U. s. w." Am Schlusse befindet sich der Vermerk: „Der definitive Vertrag soll vor dem 1. Februar d. Js. vollzogen

werden." Eine Bestimmung über die Dauer der Miethe ist in diesem Vertrage nicht enthalten. Die Miethräume sind dem Kläger übergeben, und der Miethszins für zwei Monate ist dem Beklagten am 1. Februar 1887 gezahlt. Als der Kläger auf Abschluß des definitiven Vertrages drang, erwiderte ihm der Beklagte am 13. Februar 1887 brieflich, Kläger verkenne die Sachlage vollständig, da die Abvermiethung der qu. Lagerräume seiner Zeit vorbehaltlich der Genehmigung der Eisenbahndirektion zu Bromberg geschehen sei. Obwohl der Beklagte sich darum bemüht hat, ist diese Genehmigung versagt, und hat Kläger auf die Klage der Eisenbahndirektion am 1. August 1887 die gemietheten Lokalitäten räumen müssen. Kläger verlangt von dem Beklagten Schadensersatz dafür, daß ihm die vermietheten Räume nicht bis zum 1. Januar 1893 gewährt sind, er hat, unter Vorbehalt eines höheren Betrages, den Schaden auf 12141,8 M. berechnet und den Theilbetrag von 5000 M. nebst 5 pCt. Zinsen seit der Klagezustellung eingeklagt. Nachdem vorab über den Grund des klägerischen Anspruchs verhandelt war, hat der erste Richter dem Kläger darüber den Eid auferlegt, daß bei Abschluß des interimistischen Vertrages vom 17. Januar 1887 seitens des Beklagten die Gültigkeit desselben nicht, wie er behauptete, von der Ertheilung der Genehmigung der Eisenbahndirektion in Bromberg abhängig gemacht ist, für den Fall der Eidesleistung den Beklagten verurtheilt, anzuerkennen, daß er verpflichtet sei, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der ihm dadurch entstanden, daß ihm die vermietheten Räume nicht bis zum 1. Februar 1888 gewährt sind, mit der Mehrforderung aber abgewiesen, und für den Fall der Nichtleistung des Eides die Klage abgewiesen. Der Beklagte hat Berufung eingelegt und unbedingte Abweisung der Klage beantragt. Kläger hat sich der Berufung angeschlossen und, neben Abweisung der Berufung des Beklagten, gebeten, für den Schwörungsfall den Grund des Schadensersatzanspruches für die ganze Zeit bis zum 1. Januar 1893 festzustellen. Das Berufungsgericht hat Berufung und Anschlußberufung zurückgewiesen. Beklagter hat Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht stellt zunächst aus dem Inhalte des Vertrages vom 17. Januar 1887 und den begleitenden Umständen fest, daß die Parteien diesen Vertrag als maßgebend für ihr gegenseitiges Rechtsverhältniß bis zur Auswechslung des definitiven Vertrages

haben ansehen wollen. Es beurtheilt demgemäß das Rechtsverhältniß unter den Parteien nach dem Inhalte dieses schriftlichen Vertrages, indem es den angeblich mündlich geschlossenen Vertrag wegen mangelnder Schriftform für unverbindlich erachtet und in den Briefen vom 11. und 12. Februar 1887 eine schriftliche Abmachung über die Dauer des Miethverhältnisses nicht findet, auch die Auffassung abweist, daß der Vertrag bezüglich der Dauer als ein mündlich geschlossener, aber durch Uebergabe vollzogener anzusehen sei. Das Berufungsgericht karakterisirt jenen Vertrag als einen formell rechtsgültigen, welcher nur über die Dauer des Geschäfts nichts enthält, und kommt unter Berücksichtigung des Umstandes, daß in dem Vertrage der Betrag der Miethe nach dem Zeitraum eines Jahres abgemessen ist, in Anwendung der §§ 340, 341 A.L.R. I. 21 zu dem Ergebniß, daß der Vertrag zunächst bis zum 1. Februar 1888 gedauert, aber zu diesem Zeitpunkte durch Aufkündigung habe beendet werden können. Einer Kündigung habe es zur Beendigung des Vertrages nicht bedurft, weil das Miethverhältniß durch die am 1. August 1887 — also vor dem Kündigungstermine, § 344 a. a. O. — erfolgte Exmission des Klägers thatsächlich zu Ende gegangen sei. Die Ansicht des Beklagten, durch den Vertrag habe er nur die Verpflichtung übernommen, sich um die Ertheilung der erforderlichen Genehmigung zu bemühen, ohne für den Erfolg einstehen zu müssen, hält das Berufungsgericht für unrichtig. Wenn der Beklagte ohne weiteren Vorbehalt den Aftermiethvertrag abgeschlossen habe, so sei es seine Vertragspflicht gewesen, die Genehmigung des Hauptvermiethers, falls er sie nicht schon gehabt, zu beschaffen, und wenn ihm dies nicht gelungen und er dadurch außer Stand gesetzt sei, den Vertrag zu erfüllen, so falle ihm culpa in contrahendo zur Last, welche ihn für die Nichterfüllung des Vertrages schadensersatzpflichtig mache. Anders aber müsse die Beurtheilung ausfallen, wenn die Gültigkeit des Vertrages ausdrücklich von der Genehmigung abhängig gemacht sei; dann liege ein resolutiv bedingter Vertrag vor. Der dem Kläger angetragene Eid über die entsprechende Behauptung des Beklagten sei mit Recht von dem Kläger gefordert, möge man darin eine vom Beklagten zu beweisende Einrede oder ein qualifizirtes Bestreiten des vom Kläger behaupteten und zu beweisenden unbedingten Vertragsschlusses sehen; denn bei der letzteren Annahme rechtfertige — wie näher ausgeführt wird — die Sachlage vollständig die Verstattung des Klägers zum Reinigungseide.

Die Ausführung des Berufungsgerichts, nach welcher die Parteien in dem Vertrage vom 17. Januar 1887 ein für die beiderseitigen Rechtsverhältnisse bis zum Abschluß des vorbehaltenen definitiven Vertrages maßgebendes Abkommen gesehen haben, beruht auf einer aus dem Inhalt des Vertrages unter Berücksichtigung der in Betracht kommenden Umstände gewonnenen thatsächlichen Feststellung, welche eine Gesetzesverletzung nicht erkennen läßt. Insoweit ist ein Angriff in der Revisionsinstanz ausgeschlossen und auch nicht versucht. —

Im Weiteren kann dem Revisionskläger zugegeben werden, daß aus dem vom Berufungsgerichte festgestellten Sachverhalte keine culpa in contrahendo auf Seiten des Beklagten herzuleiten sei und daß sich auch aus der Bestimmung des § 323 A.L.R. I. 21 eine Entschädigungspflicht für den Beklagten nicht ergebe. Trotzdem müssen aber doch die Grundsätze, welche den Vorderrichter zu der getroffenen Entscheidung geführt haben, und die Entscheidung selbst für richtig erachtet werden.

„Die Rechte und Pflichten zwischen dem Haupt- und Unterpächter oder Miether werden lediglich nach dem zwischen ihnen bestehenden besonderen Kontrakte beurtheilt.“ (A.L.R. I. 21 § 323.) Das Rechtsverhältniß zwischen dem Haupt- und Untermiether ist also ein besonderes Miethverhältniß, welches sich, wie jedes andere, zunächst nach dem Aftermiethvertrage und, wo dessen Bestimmungen nicht ausreichen, nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Miethe regelt. Haupt- und Untermiether stehen sich auf dem Boden ihres Vertrages durchaus als Vermiether und Miether mit den entsprechenden Verbindlichkeiten und Befugnissen gegenüber. Ihr Verhältniß wird zunächst durch die mangelnde Genehmigung des Hauptvermiethers nicht beeinflußt: der Aftermiethvertrag ist auch ohne diese Genehmigung zwischen den Kontrahenten gültig. So lange der Hauptvermiether nicht widerspricht und der Untermiether sein Miethrecht ausüben kann, besteht der Aftermiethvertrag zu Recht und muß beiderseitig erfüllt werden. Erst wenn ihm vom Hauptvermiether das Miethrecht entzogen wird, werden des letzteren Rechte für das Aftermiethverhältniß von eingreifender Bedeutung. Dann kann der Hauptmiether nicht mehr vorleisten und es treffen ihn alle Nachtheile eines nicht vorleistenden Vermiethers. Der Untermiether hat gegen ihn Ansprüche auf Gewährleistung und Entschädigung. (Vergl. Urtheil des Ober-Tribunals vom 19. Juni 1857, Striethorst, Archiv, Bd. 25 S. 227.) In dem Vertrage vom 17. Januar 1887 ist

dieser Fall nicht vorgesehen, insbesondere enthält derselbe keine Bestimmung darüber, daß der Beklagte und in welcher Weise er die Klägerin entschädigen oder derselben Gewähr leisten soll, wenn die Eisenbahndirektion in Bromberg auf die Entsetzung der Klägerin antragen möchte. Auch in den besonderen Bestimmungen der §§ 309 bis 323 A.L.R. I. 21 über Sublokationen finden sich keine Vorschriften, welche die Entschädigungs- und Gewährleistungspflicht des Vermiethers gerade mit Rücksicht auf die Aftermiethe regeln. Es muß deshalb untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen nach den Bestimmungen über Miethe oder nach den allgemeinen Bestimmungen über Verträge der Miether wegen Entziehung der gemietheten Sache durch einen Dritten während der kontraktmäßigen Miethzeit vom Vermiether Entschädigung oder Gewährleistung beanspruchen darf. (Vergl. Urtheil des Reichsgerichts vom 6. Dezember 1881. Gruchot's Beiträge, Bd. 26 S. 905.)

Da in den Bestimmungen über Miethe dieses Verhältniß nicht besonders geordnet wird, so findet der allgemeine Satz Anwendung, daß Verträge nach ihrem ganzen Inhalte erfüllt werden müssen. (A.L.R. I. 5 § 270.) Wer sich zu einer Leistung unbedingt verpflichtet, muß sich also in der Lage erhalten, beziehungsweise in den Stand setzen, die Leistung zu gewähren. Kann er nicht leisten, so muß er an Stelle der versprochenen Leistung das Erfüllungsinteresse gewähren. Wer einen Vertrag schließen will, durch welchen ihm eine Leistung auferlegt wird, hat sich vorher darüber zu vergewissern, daß ihm die Leistung auch möglich sein wird. Thut er das nicht, so hat er die Folgen der Nichterfüllung zu tragen. Für die Aftervermiethung folgt hieraus, daß der Aftervermiether, welcher ohne Vorbehalt der Genehmigung des Hauptvermiethers den Vertrag schließt, den Aftermiether entschädigen muß, wenn er sich der Genehmigung des Hauptvermiethers nicht versichert hat und in Folge der Entsetzung des Aftermiethers durch den Hauptvermiether nicht mehr in der Lage ist, den Vertrag gegenüber dem Aftermiether zu erfüllen. Diese Konsequenz zieht das Berufungsgericht. Der Revisionskläger glaubt nun, hier rügen zu können, daß die Bestimmung des § 46 A.L.R. I. 5 durch Nichtanwendung verletzt sei. Dieser Angriff kann jedoch keinen Erfolg haben. Zunächst darf der von den Parteien angeregte Streit, ob der § 46 nur solche Verträge im Auge habe, welche die Ueberlassung einer Sache bezwecken, oder ob derselbe auch auf Verträge anderer Art zu beziehen sei, unentschieden bleiben.

Denn es fehlt an der Voraussetzung, daß über eine fremde Sache kontrahirt ist. Indem der Beklagte der Klägerin das gemiethete Objekt zum Theil weiter vermiethete, verfügte er über ein Miethrecht, welches ihm als **eigenes** zustand, er trat der Klägerin einen Theil **seines** Miethrechts ab. Etwas Fremdes ist also weder ausdrücklich, noch thatsächlich zum Gegenstande des Vertrages gemacht. Damit entfällt die Anwendbarkeit des § 46 a. a. O.

Der Eid, welcher der Klägerin auferlegt worden, ist erheblich. Wenn auch die im Falle der Nichtleistung desselben feststehende Verabredung, nach welcher der Vertrag unter der ausdrücklichen Bedingung seiner Genehmigung durch den Hauptvermiether geschlossen werden sollte, nicht, wie der erste Richter meint — das Berufungsgericht schweigt darüber —, deshalb als gültig erscheinen kann, weil sie keine Nebenabrede betrifft: so tritt doch die Folge ein, daß der ganze Vertrag, weil in ihn eine wesentliche Abrede nicht aufgenommen worden, unwirksam, und daß aus demselben überhaupt kein Anspruch, also auch nicht der eingeklagte, entstanden ist.

Nr. 63.

Geht das Widerspruchsrecht des Nachbars gegen Anlegung neuer Fenster gemäß § 43 A.L.R. I. 22 dadurch verloren, daß er die Anlegung wissentlich geschehen läßt? oder erwirbt der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nur den Besitz eines entgegenstehenden negativen Rechts?

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 8. Mai 1889 in Sachen Sch., Klägers, wider M., Beklagten. V. 31/89.)

Auf die Revision des Klägers ist das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Naumburg aufgehoben, und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Thatbestand:

Die Vorbesitzerin des Klägers, Wittwe T., und der Erblasser des Beklagten, Schiffer M., haben am 5. August 1831 zur Beseitigung eines Rechtsstreits einen Vergleich geschlossen, in welchem die Kontrahenten sich gegenseitig das Recht eingeräumt haben, unter gewissen Beschränkungen bis unmittelbar an die Grenze ihrer benachbarten Grundstücke zu bauen. Eine Eintragung auf Grund dieses Vergleiches ist nur auf dem Grundbuchblatte des Beklagten erfolgt. Im Jahre 1851 hat der Vorbesitzer des Beklagten bis hart an die Grenze einen Speicher erbaut und gleichzeitig in demselben

zahlreiche Oeffnungen nach dem Grundstücke des Klägers angelegt, auch eine Dachausladung, Dachrinnen und Abflußröhren angebracht, welche sich in dem Luftraum über dem Grundstücke des Klägers befinden. Der Kläger hat Klage erhoben mit dem Antrage: den Beklagten zu verurtheilen, von seinem an der Grenze des klägerischen Grundstücks befindlichen Speicher die in den Luftraum des klägerischen Grundstücks hineinragende Dachausladung nebst den Dachrinnen und Abflußröhren zu beseitigen und alle nach dem Grundstücke des Klägers hinführenden Oeffnungen zu vermauern. Vom ersten Richter ist die Klage kostenpflichtig abgewiesen. Das Berufungsgericht hat durch Theilurtheil die Berufung des Klägers soweit zurückgewiesen, als sie die Beseitigung der im Speicher des Beklagten befindlichen Oeffnungen betrifft.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht legt unter Berücksichtigung thatsächlicher Verhältnisse und des Eintragungsvermerks den Vergleich vom 5. August 1831 nach seinem Wortlaute dahin aus, daß dem Vorbesitzer des Beklagten für das Getreidemagazin nur die Anlegung von Fenstern, nicht aber auch die Anbringung sonstiger Oeffnungen versagt sei, und gelangt zu folgendem Schlusse: „Somit ist der Anspruch des Klägers, daß Beklagter alle in seinem Getreidespeicher befindlichen, nach dem Grundstücke des Klägers hinführenden Oeffnungen vermauere, schon deshalb hinfällig, weil dem Kläger im Vertrage von 1831 ein solches Untersagungsrecht, welches ihm übrigens auch gesetzlich nicht zusteht (vergl. §§ 137, 138 A.L.R. I. 8), nicht eingeräumt ist, und die Luken in Rede schon 1851 eröffnet sind, auch ohne früher als mit der vorliegenden Klage erhobenen Widerspruch des Klägers, also seit rechtsverjährter Zeit, bestanden haben."

Die rechtlichen Ausführungen des Berufungsgerichts haben zur Voraussetzung, daß dem Beklagten die Anlegung von anderen Oeffnungen, als Fenstern, durch den Vergleich von 1831 nicht untersagt ist. Eine selbständige Begründung der Entscheidung kann in denselben nicht gefunden werden; denn die Berufung auf die Befugnisse in den §§ 137, 138 A.L.R. I. 8 und auf die Ersitzung des Rechts zum Haben der vorhandenen Luken ist nur dann zulässig, wenn vertragsmäßig und durch die Eintragung in das Hypothekenbuch das Recht zum Haben der Luken bezw. der Erwerb desselben durch Verjährung nicht ausgeschlossen ist. (A.L.R. I. 9 § 511, I. 22 § 49.) Es bleibt deshalb zu prüfen, ob die Auslegung des

Vergleichs von 1831 ohne Gesetzesverletzung erfolgt ist. Das muß aber verneint werden. — — —

Es könnte sich fragen, ob nach dem festgestellten Sachverhältniß eine Entscheidung in der Sache selbst möglich ist. (C.P.O. §§ 526, 528 Absatz 3.) Der erste Richter ist zur Abweisung der Klage bezüglich der Oeffnungen durch Anwendung der Bestimmung des § 43 A.L.R. I. 22 gelangt. Er stellt als unbestritten hin, daß der Oekonom T., ein Erbe und Besitznachfolger der beim Vertrage vom 5. August 1831 als Kontrahentin betheiligten Wittwe T., zu dessen Besitzzeit der Speicher mit den streitigen Oeffnungen erbaut ist, die Fensteröffnungen von seinem Hofe aus habe sehen können, daß derselbe also wissentlich diese Anlage, durch welche die Ausübung seines Rechts geradezu unmöglich gemacht sei, habe geschehen lassen. Da zu vermuthen, daß derselbe nicht nur durch seine Besitzvorgängerin von seinem Rechte, der Fensteranlage zu widersprechen, Kenntniß erhalten habe, sondern auch in den Besitz der Vertragsurkunde vom 5. August 1831 gekommen sei, so liegen die Erfordernisse des § 43 a. a. O. vor, wonach Grundgerechtigkeiten durch stillschweigende Einwilligung erlöschen, wenn der Berechtigte wissentlich geschehen läßt, daß in der verpflichteten Sache Anstalten und Einrichtungen getroffen werden, welche die Ausübung seines Rechts geradezu unmöglich machen. Diese Entscheidung widerspricht dem Plenarbeschlusse des Obertribunals vom 3. März 1851 (Entscheidungen Bd. 21 S. 401, Striethorst's Archiv Bd. 1 S. 276) und dem Urtheil des zweiten Hülfssenats des Reichsgerichts vom 1. Juli 1880 (Preußisches Justiz-ministerial-Blatt 1881 S. 31). Dort ist ausgeführt, die Anlage von Fenstern im Nachbarhause mache die Ausübung des Rechts, dieser Anlage zu widersprechen, nicht nur nicht unmöglich, sondern sei sogar einzig und allein die Voraussetzung seiner Geltendmachung; das Unterbleiben des Widerspruchs habe daher nicht die Wirkung, daß die Servitut sofort aufhöre, sondern nur die, daß der Besitzer des dienenden Grundstücks sich in den Besitz des entgegenstehenden negativen Rechts (etwas zu thun) gesetzt habe; so lange die Ersitzung des entgegenstehenden Rechts nicht stattgefunden habe, könne demnach der Servitutberechtigte die Wegschaffung der störenden Anlage fordern. Der erste Richter beruft sich für seine entgegengesetzte Ansicht auf das Urtheil des fünften Civilsenats des Reichsgerichts vom 19. Oktober 1881 (Entscheidungen Bd. 6 S. 255 ff.). Darin ist allerdings eine Verallgemeinerung des in jenem Plenarbeschlusse ausgesprochenen

Rechtssatzes auf alle Untersagungsrechte abgelehnt; es stellt sich aber, wie am Schlusse durch die Bemerkung konstatirt wird, daß der Plenarbeschluß sich auf die besondere Beschaffenheit des Rechts zum Widerspruche gegen die Anlegung von Fenstern gründe und für andere Grundgerechtigkeiten keine Norm aufstelle, keineswegs in Widerspruch zu demselben. (Vergl. Rehbein, Die Entscheidungen des vormaligen Obertribunals Bd. 1 S. 757 Anm.) Von der bisherigen Praxis abzugehen, liegt keine Veranlassung vor. Mittelst der Vorschrift des § 43 a. a. O. ist also dem Vertragsrechte des Klägers, die Anlegung von Fenstern oder sonstigen Oeffnungen in dem Speicher des Beklagten untersagen zu dürfen, nicht beizukommen. Dadurch, daß der Vorbesitzer des Klägers der Anlegung der streitigen Oeffnungen in dem Speicher des Beklagten nicht widersprochen hat, kann der Beklagte nur in den Besitz des Rechts gekommen sein, die Oeffnungen zu haben. Eine Ersitzung dieses Rechts ist aber durch § 511 A.L.R. I. 9. ausgeschlossen, weil die gegenseitigen Rechte und Beschränkungen der Grundstücke der Parteien in dem Grundbuche über das Grundstück des Beklagten eingetragen sind. Ob die Entscheidung bezüglich der Anwendbarkeit des § 43 A.L.R. I. 22 etwa anders ausfallen muß, wenn sich die Behauptung des Beklagten, der Oekonom T. habe den Bau des Speichers, wie er ausgeführt worden, ausdrücklich genehmigt (vergl. Obertribunal, Striethorst's Archiv, Bd. 40 S. 32, Bd. 98 S. 94), muß dahingestellt bleiben, da jene Behauptung bestritten und nicht erörtert ist.

Nr. 64.

Begründet ein Irrthum des Mannes über die Jungfräulichkeit der Frau auch dann ein Recht zur Anfechtung der Ehe, wenn er selbst mit ihr vor der Ehe geschlechtlich verkehrt hat?

A.L.R. II. 1 § 40.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 4. April 1889 in Sachen der Frau E., Beklagten, wider ihren Ehemann, Kläger. IV. 12/89.)

Auf die Revision der Beklagten ist das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Breslau aufgehoben, und die Sache in die zweite Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision mußte für begründet erachtet werden.

1. Der Berufungsrichter geht, wie der Zusammenhang seiner hierauf bezüglichen Erwägungen außer Zweifel stellt, davon aus, daß

es zu den vom Manne bei der Eheschließung gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der anderweit noch nicht verheirathet gewesenen Braut gehöre, daß diese nicht schon einem anderen Manne den Beischlaf gestattet habe, und daß ein Irrthum hierüber seine Wesentlichkeit im Sinne des § 40 A.L.R. II. 1 dadurch nicht verliere, daß der Mann selbst während des Brautstandes mit seiner nachherigen Ehefrau geschlechtlich verkehrt habe. Die Revision rügt mangelnde Begründung dieser dem thatsächlichen Gebiete angehörigen Annahme. Indeß mit Unrecht. Denn dieselbe entspricht so sehr dem sittlichen Wesen der Ehe, als einer auf ausschließliche Geschlechts- und Lebensgemeinschaft gerichteten Verbindung, und der allgemeinen Anschauung des Lebens, daß der Berufungsrichter solche auch im vorliegenden Falle als zutreffend unterstellen und von einer weiteren Motivirung derselben absehen durfte, da besondere Umstände, welche hier eine abweichende Auffassung hätten rechtfertigen können, nicht angeführt sind.

Zwar ist es richtig, daß der Kläger, welcher selbst der Beklagten vor der Eheschließung beigewohnt hatte, zur Zeit der letzteren sich nicht im Irrthum über die der Beklagten mangelnden Jungfräulichkeit befinden konnte. Nichts desto weniger aber durfte er voraussetzen, daß sich die Beklagte nicht kurz zuvor auch einem anderen Manne preisgegeben habe und von diesem geschwängert sei; und die allgemeine Erfahrung, daß die Kenntniß von einer solchen Thatsache ein entscheidendes Motiv gegen die Eingehung der Ehe zu bilden pflegt, rechtfertigt hinreichend die Annahme, daß deren Abwesenheit als bei Schließung der Ehe stillschweigend vorausgesetzt anzusehen ist, wenn nicht die eigenartigen Umstände des Falls etwas anderes ergeben.

2. War hiernach dem Kläger allerdings ein Grund zur Anfechtung der Ehe gegeben, so fragt sich nur, ob derselbe dieses Anfechtungsrechts durch ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung der Ehe verlustig gegangen ist (§ 41 A.L.R. II. 1). Beides ist seitens der Beklagten behauptet; ihre desfallsigen Einwendungen sind jedoch vom Berufungsrichter verworfen. (Es wird ausgeführt, daß die Begründung der Entscheidung mangelhaft sei, und deshalb das II. Urtheil aufgehoben werden müsse.)

Nr. 65.

Ist bei wechselseitigen Testamenten der überlebende Ehegatte befugt, die beiderseitig zu Erben eingesetzten gemeinschaftlichen Kinder wegen ihres

späteren, einen gesetzlichen Enterbungsgrund bildenden Benehmens von seinem Nachlaß ganz oder theilweise auszuschließen.

A.L.R. II. 1 §§ 492, 493.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 28. Februar 1889 in Sachen des Pflegers der K.schen Deszendenz, Beklagten, wider K., Kläger. IV. 318/88.)

Auf die Revision des Beklagten ist das Urtheil des preußischen Kammergerichts aufgehoben, und die Sache in die zweite Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Königliche Tänzer Johann August Friedrich K. und seine Ehefrau haben in ihrem am 3. August 1842 errichteten wechselseitigen Testamente ihre Kinder, darunter ihre beiden Söhne Oskar Gustav Paul und Paul Wilhelm Anton K. als Erben berufen. Nach dem Tode der Ehefrau ist dieses Testament am 3. Juli 1861 eröffnet worden, und nach der bestrittenen Behauptung des Klägers hat der überlebende Ehemann in einer notariellen Verhandlung das Testament anerkannt und die Erbschaft aus demselben ohne Vorbehalt angetreten.

Demnächst hat der überlebende Ehemann am 18. August 1866 ein Testament errichtet, welches nach seinem Tode am 18. Februar 1882 eröffnet worden ist. In diesem Testamente sind seine 9 Kinder darunter der Kläger und Oskar Gustav Paul, ferner Waldemar Albert Rudolph als Erben berufen, in Betreff der letzteren beiden aber in § 2 Folgendes bestimmt:

„Da ich die Ueberzeugung erlangt habe, daß meine beiden Söhne
Waldemar Albert Rudolph und Oskar Gustav Paul
mit Vermögen nicht umzugehen verstehen, und weil ich befürchte, daß ihr Erbtheil sehr bald von ihren Gläubigern angegriffen werden würde, so verordne ich, daß diese meine beiden Söhne keine Disposition über die Substanz ihres Erbtheils aus meinem Nachlasse erhalten, denselben vielmehr ihre Kinder erhalten und solchen bei erlangter Großjährigkeit ausgeantwortet werden soll. Zu dem Ende sollen die Erbtheile dieser meiner beiden Söhne, sobald sie liquide gemacht sind, hypothekarisch und pupillarisch sicher angelegt werden und es sollen meine beiden Söhne auf ihre Lebenszeit den Zinsgenuß davon beziehen".

Im § 3 des Testaments wurde die gerichtliche Einmischung in den Nachlaß ausgeschlossen und ein Testamentsexekutor ernannt, im § 4 die Errichtung von Nachzetteln vorbehalten.

In einem Nachzettel vom 19. Februar 1879 wurde an Stelle

des früheren Testaments-Vollstreckers der Kläger mit gleichen Rechten zum Testaments-Vollstrecker ernannt und ferner unter Nr. 2 Folgendes bestimmt:

„Von jedem der Erbtheiler meiner Söhne Albert Waldemar Rudolph und Oskar Gustav Paul und meiner Tochter Emma verw. Sch. sind je 12000 M. auf Hypothek mit pupillarischer Sicherheit anzulegen. Von diesen 36000 M. sollen die gedachten Kinder bei Lebzeiten nur den Zinsgenuß haben, während das Kapital nach ihrem Tode an ihre leiblichen Kinder oder Kindeskinder oder, wenn solche nicht leben, meine dann noch lebenden Kinder fällt.

Die in meinem Testament verordnete Dispositionsbeschränkung der genannten Söhne über ihren Erbtheil hebe ich mit obiger Maßgabe auf.

Ein zweiter Nachzettel vom 27. September 1881 endlich bestimmte:

„Die Bestimmungen im Nachzettel vom 19. Februar 1879 unter Nr. 2 hebe ich auf. An Stelle meines verstorbenen Sohnes Albert erben dessen Kinder.“

Zu dem Nachlaß des Erblassers gehörte auch ein Grundstück zu Berlin. Dieses Grundstück kam theilungshalber zur Zwangsversteigerung und wurde von dem Kläger und vier anderen Miterben durch rechtskräftig gewordenes Zuschlagsurtheil vom 22. Februar 1886 für 265500 M. erstanden. Bei der Kaufgelderbelegung erhob der Subhastationsrichter mit Rücksicht auf die Bestimmungen im § 2 des Testaments und in den Nachzetteln das Bedenken, daß die Subhastation des auf Oskar K. fallenden einen Neuntels der Erbschaft seiner Deszendenz zukomme. Es wurde deshalb von Amtswegen zur Wahrnehmung der Rechte für die event. Deszendenz des Oskar K. eine Pflegschaft eingeleitet, und bei der Kaufgelderbelegung reklamirten der für diese Deszendenz ernannte Pfleger und der Gegenpfleger auf Grund des § 2 des Testaments von 1866 von dem zu vertheilenden Restkaufgelde das auf jene Deszendenz entfallende Neuntel mit 9343 M. nebst 5% Zinsen seit dem 27. Juli 1886. Der Kläger zahlte die verlangte Summe nicht, und die Pfleger erwirkten die Eintragung dieses Restkaufgeldbetrages auf das Grundstück, während zugleich die Bietungskaution von 13000 M. 4% konsolidirter preußischer Staatsanleihe als Sicherheit für diese Forderung hinterlegt blieb.

Der Kläger behauptet, die Einleitung der Pflegschaft sei schon deshalb unberechtigt, weil eine Deszendenz nicht existire. Er macht

ferner geltend, daß er als Testaments-Exekutor berechtigt sei, das Restkaufgeld in seiner Hand zurückzubehalten. Er stellt aber Rechte einer Deszendenz des Oskar K. überhaupt in Abrede, indem er ausführte: die in § 2 des Testaments angeordnete Beschränkung des Oskar K. stehe im Widerspruch zu der Anordnung des wechselseitigen Testaments, in welchem Oskar K. unbedingt als Erbe eingesetzt sei. Der Erblasser habe dieses Testament im Jahre 1861 ausdrücklich anerkannt und die Erbschaft daraus angetreten; er habe sich auch von der Unhaltbarkeit jener Beschränkung gegenüber dem wechselseitigen Testamente überzeugt und dieselbe in den beiden Nachzetteln aufgehoben. Weiter behauptete der Kläger, Oskar K. habe, von der Auffassung ausgehend, daß er über sein Erbtheil frei verfügen könne, ihm, dem Kläger, dasselbe für 32000 M. verkauft und auf den Kaufpreis 14000 M. erhalten. Demnächst hätten sämmtliche Erben — Oskar K. durch ihn, den Kläger als seinen Rechtsnachfolger, vertreten — durch notariell beglaubten Erbrezeß vom 15. September 1884 sich über die Theilungsgrundsätze verständigt, und dieser Vergleich sei obervormundschaftlich genehmigt worden.

Aeußersten Falls will der Kläger die Restkaufgeldforderung von 14000 M. dem streitigen Anspruche der Pflegschaft als Kompensandum entgegenstellen.

Der von dem Kläger gestellte Antrag geht dahin:

die beklagte Pflegschaft schuldig zu erkennen, den Anspruch auf Zahlung eines Restkaufgeldes aus der Subhastation theilungshalber der Grundstücke Berlin ꝛc. von 9343 M. 93 Pf. nebst 5% Zinsen seit dem 27. Juli 1886 fallen zu lassen, demgemäß in die Löschung dieses jetzt zur Eintragung gelangenden Restkaufgeldes auf den fraglichen Grundstücken und in die Freigabe der außerdem für diese Forderung hinterlegt gebliebenen Meistgebotskaution von 13000 M. 4% konsolidirter preußischer Staatsanleihe zu willigen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und angenommen: das wechselseitige Testament, in welchem Oskar K. unbedingt zum Erben ernannt sei, stehe den Bestimmungen des Testaments des überlebenden Ehemannes nicht entgegen, da die §§ 492 ff. A.L.R. II. 1 nur solche Abänderungen der Verfügungen des wechselseitigen Testaments ausschlössen, durch welche die Lage der Kinder verschlechtert würde. Eine solche Aenderung liege nicht vor; vielmehr habe der Erblasser im eigenen Interesse des Oskar K. ihm die Verfügung über die Substanz seines Erbtheils genommen und die Erhaltung für die

Deszendenz angeordnet; es liege daher eine Enterbung aus guter Absicht vor, zu welcher auch die vorverstorbene Ehefrau des Erblassers ihre Zustimmung gegeben haben würde.

Auf die Berufung des Klägers hat das Kammergericht die Beklagte nach dem Klageantrage verurtheilt.

Die gegen das Berufungsurtheil eingelegte Revision ist begründet.

Nach der Annahme des Berufungsgerichts ist das in der Mark geltende gemeine Recht in Betreff der Befugniß des überlebenden Ehegatten, welcher die Erbschaft des verstorbenen Ehegatten gemäß dem wechselseitigen Testamente derselben angenommen hat, späterhin seine eigenen Dispositionen zu ändern, kontrovers. Diese Entscheidung ist für das Revisionsgericht maßgebend (§§ 511, 525 C.P.O. und Verordnung vom 28. September 1879, R.G.Bl. S. 299), darnach aber die fernere Annahme des Urtheils, daß die §§ 492, 493 A.L.R. II. 1 in der Mark nicht suspendirt seien, dem Gesetz entsprechend (Art. VII. des Publ.-Pat. vom 5. Februar 1794).

Nach den §§ 492, 493 a. a. O. erachtet das Berufungsgericht den überlebenden Wittwer K. infolge seiner Erbschaftsannahme nicht berechtigt, die schrankenlose Erbeinsetzung des gemeinschaftlichen Sohnes Oskar einzuengen. Das Berufungsgericht nimmt Bezug auf das Urtheil des dritten Civilsenats des Reichsgerichts vom 24. Februar 1882 (Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 6 S. 174), in welchem ausgesprochen sei, daß die Abreden der Ehegatten, welche ihrem wechselseitigen Testamente zu Grunde liegen, wesentlich erbvertraglicher Natur seien und die Wirkung haben, daß der überlebende Ehegatte, welcher die Verlassenschaft angetreten hat, seine eigenen Dispositionen fortan nicht mehr ändern dürfe. Hiernach erachtet das Berufungsgericht den § 2 des Testaments des überlebenden Ehemannes K. für unverbindlich, dagegen den § 3 des wechselseitigen Testaments als zurechtbestehend. Demzufolge wird der verklagten Deszendenz das prätendirte Erbrecht abgesprochen.

In dieser Begründung ist vorweg die Bezugnahme auf das Urtheil des Reichsgerichts vom 24. Februar 1882 verfehlt. Abgesehen davon, daß diese Entscheidung einen gemeinrechtlichen Rechtsfall betraf, so stand dort die Zulässigkeit eines willkürlichen Widerrufs einer in einem wechselseitigen Testamente enthaltenen gemeinsamen Verfügung in Frage. Die Frage, ob und inwieweit ein solcher willkürlicher Widerruf auch bei korrespektiven letztwilligen Verfügungen zulässig sei, war gemeinrechtlich streitig, und diese Streitfrage will der

§ 492 a. a. O. entscheiden. Diese Vorschrift tritt daher, wie § 494 a. a. O. klar erkennen läßt, dem willkürlichen Widerruf entgegen. Dagegen werden die Vorschriften über Pflichttheilsrecht und Enterbung von § 492 nicht berührt. Der in einem wechselseitigen Testamente Bedachte hat an den künftigen Nachlaß des Ueberlebenden kein erworbenes Recht, sondern nur die rechtliche Aussicht, das ihm von dem Testator Ausgesetzte zu erwerben, und diese Aussicht kann ihm durch eine gesetzmäßige Enterbung genommen werden. Hiermit übereinstimmend wird von den Rechtslehrern der überlebende Ehegatte für befugt erachtet, die beiderseitig zu Erben eingesetzten gemeinschaftlichen Kinder wegen ihres späteren einen gesetzlichen Enterbungsgrund bildenden Benehmens von seinem Nachlaß ganz oder theilweise auszuschließen. „Denn es läßt sich nicht annehmen, daß die Ehegatten bei der gemeinschaftlichen Einsetzung ihrer Kinder dem Ueberlebenden die Befugniß entziehen wollten, schwere Vergehen derselben durch Enterbung zu strafen oder eine Enterbung in guter Absicht mit Rücksicht auf später hervortretende Umstände vorzunehmen."

> Gruchot, Preußisches Erbrecht, Bd. II. S. 507, welchem Dernburg, Preußisches Privatrecht, 3. Aufl. Bd. III. § 184 S. 524), Förster, Theorie und Praxis 1. Aufl. Bd. 4 S. 200 Anm. 38, Eccius in der 5. Aufl. Bd. IV. S. 467 N. 34 beitreten.

In dem gleichen Sinne hat sich auch das Reichsgericht in dem Urtheil vom 29. Oktober 1888 in Sachen K. wider Z. — VI. 275/88 — ausgesprochen.

Hiernach beruht der Entscheidungsgrund des Berufungsgerichts auf einer unrichtigen Auffassung der §§ 492, 493 A.L.R. II. 1. Das Urtheil ist deshalb aufzuheben.

Nr. 66.

Ehescheidungsprozeß. Enthält § 721 A.L.R. II. 1, wonach es einer ausdrücklichen Verzeihung gleichgeachtet wird, wenn der beleidigte Ehegatte nach erhaltener überzeugender Kenntniß die Ehe ein Jahr fortgesetzt hat, eine Verjährungsfrist? Nichtanwendbarkeit des § 571 Abs. 2 C.P.O.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 24. Mai 1888 in Sachen Frau J., Klägerin, wider ihren Ehemann, Beklagten. IV. 361/87.)

Auf die Revision der Klägerin ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Marienwerder aufgehoben, und die Sache in die zweite Instanz zurückverwiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Als Leben oder Gesundheit bedrohende Handlungen erachtet das Berufungsgericht die beiden Vorfälle aus dem Jahre 1883 und den Vorfall aus dem Jahre 1885. Nach dem Ergebnisse des in der Berufungsinstanz erhobenen Beweises erklärt das Berufungsgericht ohne Verletzung prozeßrechtlicher Normen nur einen dieser Vorfälle, nämlich die von den Kutscher Z.'schen Eheleuten bestätigte Mißhandlung vom 27. Dezember 1883 für erwiesen. Allein das Berufungsgericht sieht dieses Ehevergehen aus dem Grunde für verziehen an, weil nach der glaubhaften Angabe der Klägerin die Zustellung der Ladung zum Sühnetermine nicht vor dem 1. Juli 1885 erfolgt sei, mithin der § 721 A.L.R. II. 1 Platz greife, wonach einer ausdrücklichen Verzeihung gleichgeachtet wird, wenn der beleidigte Ehegatte nach erhaltener überzeugender Kenntniß die Ehe ein Jahr hindurch fortgesetzt hat. Für unerheblich erklärt das Berufungsgericht die Behauptung der Klägerin, daß sie bereits im Frühjahr 1884, also innerhalb Jahresfrist, den **Antrag auf Sühneversuch** gestellt habe und daß dieser Antrag wegen Unkenntniß des Aufenthaltsorts des Beklagten nicht habe zugestellt werden können. Das Gericht hält nämlich nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung die **Zustellung** der Ladung zum Sühnetermine zur Unterbrechung der Frist des § 721 erforderlich. Es wird ausgeführt: vor Emanation der C.P.O. habe die Praxis den § 721 insofern als **Verjährungsvorschrift** aufgefaßt, als nur die Rechtsverfolgung im Scheidungsprozeß die Annahme der Verzeihung ausschließen solle. Und da nach § 571 Abs. 2 C.P.O. nur die **Zustellung** der Ladung die Verjährung unterbreche, so verlange auch § 721 A.L.R. II. 1 die Zustellung der Ladung, wenn die Annahme der Verzeihung ausgeschlossen werden solle. Hierin liege auch keine Härte für die Klägerin. Denn dieselbe hätte die Scheidungsklage ohne Sühneversuch erheben sollen, wenn ihr der Aufenthalt des Beklagten unbekannt war. Verwiesen wird hierbei auf § 573 C.P.O., welcher als einen der Fälle der Dispensation vom Sühneversuche bezeichnet, wenn der Aufenthalt des Beklagten unbekannt ist.

Dieser Entscheidungsgrund ist nicht zu billigen.

Unzutreffend ist zwar von der Revision gegen die Anwendung des § 721 A.L.R. II. 1 geltend gemacht worden, diese Vorschrift begründe die **Einrede** der Verzeihung, eine solche Einrede aber sei nicht erhoben. Diesem Angriffe steht § 581 C.P.O. entgegen, wo-

nach das Gericht zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe Thatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht sind, berücksichtigen kann. Dagegen ist die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Frist des § 721 eine Verjährungsfrist sei, nicht zu billigen. Schon die Fassung des § 721 ist hiermit unvereinbar. Die Vorschrift will zwar ausdrücken, daß einer ausdrücklichen Verzeihung gleichgeachtet werde, wenn seit Jahresfrist nach erlangter Kenntniß von dem Ehescheidungsgrunde auf Scheidung nicht geklagt ist, sollte auch eine Privattrennung der Eheleute stattgefunden haben (vgl. das Präjudiz 499 des vormaligen preuß. Obertribunals vom 23. Juli 1838, Präjudizen-Sammlung Bd. I S. 156). Allein sie besagt nicht, daß durch Nichtanstellung der Klage innerhalb der Jahresfrist das Klagrecht erlösche, sondern das Gesetz sieht in der einjährigen Fortsetzung der Ehe ohne Klaganstellung eine der ausdrücklichen Verzeihung gleichgeachtete stillschweigende Verzeihung. In diesem Sinne hat das vormalige preuß. Obertribunal den § 721 stets aufgefaßt. In dem Präjudiz Nr. 2102 vom 15. Februar 1849 (Entsch. Bd. 17 S. 510) — vgl. auch das Erkenntniß vom 2. Juni 1856, Strieth. Arch. Bd. 21 S. 245, 248 — wurde ausgesprochen, daß eine Verzeihung des nachher geltend gemachten Scheidungsgrundes in den nach der Verordnung vom 28. Juni 1844 zu behandelnden Ehescheidungssachen dann nicht anzunehmen sei, wenn der beleidigte Ehegatte innerhalb eines Jahres nach erlittener Beleidigung den Entschluß, die Scheidungsklage anzustellen, bei dem kompetenten Geistlichen verlautbart und den Sühneversuch beantragt hat. Das spätere Präjudiz Nr. 2401 vom 8. Oktober 1852 (Entsch. Bd. 23 S. 480) erklärte ausdrücklich, der § 721 enthalte nicht die Sanktion einer Verjährungsfrist, auf welche die Vorschriften über Verjährung anzuwenden wären. Uebereinstimmend lauten die späteren Urtheile vom 29. Februar 1864 (Strieth. Bd. 53 S. 172, 173) und vom 4. November 1870 (Strieth. Bd. 81 S. 51). In den Gründen des letzteren Urtheils ist ausgeführt, der Gesetzgeber finde nach § 721 in der Fortsetzung der Ehe ein Jahr hindurch nach der Kenntniß des Ehescheidungsgrundes ein so untrügliches Zeichen des versöhnten Gemüths, daß er solches einer ausdrücklichen Verzeihung gleichgestellt habe.

Nach der Auffassung des obersten preuß. Gerichtshofes enthält also die einjährige Unterlassung der Klage eine stillschweigende Verzeihung, und dieser Gedanke ist in der That der des Gesetzes, wie der Zusammenhang des § 721 und des darauf folgenden § 722

(„Bloß aus Leistung der ehelichen Pflicht, wozu beide Theile vor Anstellung der Klage verbunden waren, soll kein Verzicht auf das Recht zur Scheidungsklage gefolgert werden") ergiebt. Darnach sieht der Gesetzgeber in der einjährigen Fortsetzung der Ehe nach erhaltener überzeugender Kenntniß von dem Ehevergehen, ohne die Scheidung zu verlangen, einen stillschweigenden Verzicht auf das Recht zur Scheidungsklage.

Vgl. Klein, System des preuß. Civilrechts — neu bearbeitet von Rönne, Bd. II. S. 75, Koch, Lehrbuch des preuß. Privatrechts, 2. Aufl. II. Bd. S. 642, 643.

Wenn Bornemann bei Mittheilung der Entstehungsgeschichte der §§ 721, 722 von dem „Einwande der Verjährung" spricht,

System. Darstellung des preuß. Civilrechts (2. Ausgabe), Bd. 5 S. 214,

so beruht dies auf einer Ungenauigkeit des Ausdrucks, wie sich daraus zeigt, daß in dem unmittelbar folgenden Satze auf eine Revisionsbemerkung von Svarez hingewiesen wird, nach welcher die Klage binnen einem Jahre angestellt sein muß, damit die Ehe nicht als fortgesetzt angesehen werde.

Enthält sonach § 721 keine Verjährungsfrist, so wird diese Vorschrift von dem § 571 Abs. 2 C.P.O., wonach durch die Zustellung der Ladung zum Sühnetermin in Ehescheidungssachen die Verjährung unterbrochen wird, nicht berührt.

Vgl. Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts, 3. Aufl. Bd. III S. 64 Anm. 4, v. Wilmowski-Levy, Civilprozeßordnung, 4. Aufl. zu § 571 Anm. 4.

Die Annahme einer stillschweigenden Verzeihung (§ 721 A.L.R. II. 1) kann daher nicht darauf gegründet werden, daß die Ladung zum Sühnetermine seitens des beleidigten Ehegatten dem Beklagten nicht innerhalb eines Jahres nach erlangter Ueberzeugung von dem Scheidungsgrunde zugestellt worden ist; vielmehr genügt zur Ausschließung der Anwendung des § 721, daß von dem beleidigten Ehegatten zur rechtlichen Trennung der Ehe geeignete Schritte gethan sind, und hierzu kann der Antrag auf Anberaumung eines Sühnetermins dienen.

Hiernach hat das Berufungsgericht die Behauptung der Klägerin, sie habe einen solchen Antrag innerhalb der Frist des § 721 gestellt, unter Verletzung des Gesetzes für unerheblich erklärt.

Nr. 67..

Ist bei Festsetzung der Alimente für eine geschiedene Ehefrau ein derselben angefallenes, aber zur Zeit der Scheidung noch nicht realisirbares Erbrecht, wenn es später realisirt wird, zu berücksichtigen?

A.L.R. II. 1 § 801.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 15. Oktober 1888 in Sachen L., Beklagten, wider L., Klägerin. IV. 162/88.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Breslau ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Es handelt sich nur noch um den Einwand des Beklagten, daß Klägerin sich von den für sie ermittelten Verpflegungsgeldern mit jährlich 900 M., abgesehen von den bereits gekürzten Revenüen ihres zurückgenommenen Baarvermögens mit 400 M. jährlich, vom 22. April 1888 ab noch weitere 216 M. jährlich, nnd zwar als Einkünfte ihres eingebrachten und zurückgenommenen Vatererbtheils, in Abzug bringen lassen müsse. In dieser Hinsicht war unstreitig geworden, daß der im Jahre 1882 gestorbene Vater der Klägerin seine Wittwe und seine Kinder, und unter diesen auch Klägerin, zu Erben hinterlassen und in seinem Testament unter Anderem bestimmt hat, es sollten die Kinder gegenüber der mit unbeschränkter Verwaltung und Nutzung seines Nachlasses bedachten Mutter das Recht auf Theilung erst mit Großjährigkeit des jüngsten Kindes (Selma) erlangen, sowie, daß dieser Zeitpunkt am 22. April 1888 eingetreten ist. Bei dieser Sachlage hält Beklagter obigen Abzug deshalb für gerechtfertigt, weil Klägerin in der ihr bereits 1882 angefallenen väterlichen Erbschaft immerhin noch während ihrer Ehe ein bestehendes Vermögen erworben habe, mindestens aber seit dem 22. April 1888 auch zur Beziehung der mehr als 216 M. betragenden Jahreseinkünfte des Vatererbes befugt sei.

Das Berufungsgericht hat den Einwand unter der Erwägung verworfen, daß für die Anrechnung auf die ausgemittelten Alimente nach § 801 A.L.R. II. 1 nur solche Einkünfte der Frau in Betracht kämen, welche zur Zeit der Rechtskraft des Scheidungsurtheils aus eingebrachtem Vermögen bezogen seien, während spätere Veränderungen im Vermögen der Frau ohne Einfluß blieben, und daß vorliegend Klägerin bei Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurtheils (8. November 1886) sich noch keinesweges im Genuß von Einkünften ihres Vatererbes befunden habe.

Diese Erwägung erscheint auch im Wesentlichen rechtlich zutreffend. Die ihr zu Grunde liegende Auffassung des § 801 a. a. O. steht in Einklang mit der Rechtsprechung des vormaligen preuß. Obertribunals (vgl. Strieth. Arch. Bd. 46 S. 327, Bd. 77 S. 225), wie des Reichsgerichts. Das letztere hat in mehrfachen Entscheidungen — vgl. die Sachen B. wider B. IV. 205/86, R. wider St. IV. 133/87, (Entsch. Bd. 19 S. 311), F. wider F. IV. 23/87 — das, namentlich aus der Vorschrift des § 803 a. a. O. erkennbare, Prinzip des Gesetzes dahin festgestellt, daß die Verpflegungsgelder für die unschuldige Ehefrau nach dem thatsächlichen Einkommen beider Ehegatten zur Zeit der Scheidung festzusetzen sind, und die demgemäß einmal erfolgte Festsetzung endgültig und unabänderlich sein soll. Aus diesem Prinzip der Stetigkeit folgt aber von selbst, daß bei der Festsetzung der Alimente ein der Ehefrau angefallenes Erbrecht, welches zur Zeit der Ehetrennung in Gestalt einkommenfähigen Vermögens noch nicht realisirt ist und nach Lage des Erbrechts noch nicht hat realisirt werden können, ganz außer Berücksichtigung bleiben muß, mochte auch der Rechtsgrund zu einer späteren Realisirung solcher Art schon gegeben sein, und daß die von dem Revisionskläger begehrte Retrotrahirung der letzteren auf den Zeitpunkt der Ehescheidung unzuläßig ist. Daß der Zeitpunkt der Rechtskraft, nicht der der Verkündung des Scheidungsurtheils vom Oberlandesgericht für maßgebend erachtet ist, erscheint im gegenwärtigen Falle bedeutungslos.

Nr. 68.

Steht einem unehelichen Kinde, wenn es wegen seines Alimentationsanspruchs durch Vergleich abgefunden ist, das Recht auf den sechsten Theil des Nachlasses seines unehelichen Vaters zu?

A.L.R. II. 2 § 652 und Anh. § 97.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 1. November 1887 in Sachen G.'sche Erben, Beklagte, wider P., Kläger. IV. 159/87.)

Die Revision der Beklagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Naumburg ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

In dem notariellen Vertrage vom 6. November 1867, abgeschlossen zwischen dem Handarbeiter P. (dem jetzigen Vertreter des Klägers), als gesetzlichem Vertreter seiner ledigen Tochter Johanne

Marie Christiane P. und des von derselben empfangenen Kindes, und dem Oekonomen und Fleischermeister G., dem Erblasser der Beklagten, hat der letztere seine Vaterschaft zu dem von der Johanne Marie Christiane P. empfangenen Kinde anerkannt und sich verpflichtet, in Erfüllung der daraus entspringenden Verbindlichkeiten für Entbindung, Tauf- und Wochenkosten, sowie zur Alimentation des zu erwartenden Kindes eine Abfindungssumme von 200 Thaler zu gewähren; der Handarbeiter P. hat dagegen durch die gebotene Summe sowohl seine Tochter, als das von der letzteren empfangene Kind wegen aller aus der Schwängerung seiner Tochter durch G. abzuleitenden Ansprüche für abgefunden erklärt, wie auch als gesetzlicher Vertreter seiner Tochter und deren Kindes allen weiteren an G. zu erhebenden Ansprüchen entsagt.

Beide Vorderrichter stellen fest, daß dieser Vertrag durch Gewährung der genannten Abfindungssumme erfüllt ist. Somit hat der Kläger aus dem Nachlasse des Erblassers der Beklagten weder gesetzliche, noch auch versprochene Alimente zu fordern.

Steht dem Kläger aber eine solche Alimentenforderung gegen den Nachlaß nicht mehr zu, dann können sich die Revisionskläger nicht auf den zu § 652 A.L.R. II. 2 erlassenen Anhangs § 97 zu dem Zwecke berufen, um den Anspruch des Klägers auf den sechsten Theil des Nachlasses ihres Erblassers zu beseitigen. Denn dieser Paragraph entscheidet nach seinem klaren Wortlaut nur den Fall, wo noch Alimente aus dem Nachlasse gefordert werden können,

(Dernburg, preuß. Privatrecht Bd. III. (3. Aufl.) S. 547 Anm. 13. Bornemann, System. 2. Aufl. Bd. VI. S. 268),

während er das gesetzliche Erbrecht, wenn die Alimente gezahlt sind, nicht beeinflußt.

Daß etwa, wie die Revisionskläger auszuführen versuchen, bei Geltendmachung des Erbrechts die gezogenen Alimente von dem unehelichen Kinde zurückerstattet werden müßten, ist aus dem Wortlaute und dem Sinne des Gesetzes ebensowenig zu entnehmen.

Vielmehr ist der Anspruch des Klägers auf den sechsten Theil des Nachlasses des Erblassers der Beklagten, der ohne eheliche Abkömmlinge und ohne letztwillige Verfügung gestorben ist, da die Vaterschaft in einer öffentlichen Urkunde dem noch nicht geborenen, aber bereits konzipirten Kinde gegenüber gehörig anerkannt ist,

(Dernburg a. a. O. S. 218),

da ferner, wie der Berufungsrichter aus thatsächlichen Gründen ohne

Rechtsirrthum ausführt, der Vertrag vom 6. November 1867 keinen Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht enthält, gemäß § 652 A.L.R. II. 2 und § 19 Nr. 1 des Gesetzes vom 24. April 1854 begründet.

Nr. 69.

Ist das Bestehen eines Familienfideikommisses von der Festsetzung einer bestimmten Folgeordnung durch den Stifter abhängig? oder kann der Stifter dem Fideikommißbesitzer die Befugniß gewähren, seinen Nachfolger zu ernennen?

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 6. Mai 1889 in Sachen L., Beklagten, wider B. und Genossen, Kläger. IV. 35/89.)

Die Revision der Kläger wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Hamm ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist mit drei Anträgen erhoben. Die ersten beiden bezwecken die Feststellung, daß das von den Eheleuten E. z. K. und Anna Katharina geb. S. durch letztwillige Verordnung vom 26. Februar 1757 errichtete Familienfideikommiß bezüglich des von den genannten Eheleuten hinterlassenen Bergwerksvermögens noch zu Recht bestehe, und daß die Kläger in das Bergwerkseigenthum zur Hälfte sukzedirt seien. Mit dem dritten Antrage begehrten die Kläger, daß die Beklagten verurtheilt würden, über das in Frage stehende Bergwerkseigenthum ein eidlich zu erhärtendes Inventar zu legen. Sie sind aber mit demselben durch das landgerichtliche Urtheil abgewiesen worden. Berufung haben sie gegen diese Abweisung nicht eingelegt. Der Antrag ist also erledigt. Im Laufe des ersten Rechtszuges haben die Kläger die in Frage stehenden Vermögenswerthe, auf welche sie ihr Erbrecht erstreckt wissen wollen, näher bezeichnet. Darnach bestehen dieselben aus verschiedenen Kuxen und Kuxtheilen, sowie aus Kaufgelderantheilen für verkaufte Kuxe und Kuxtheile. Das Landgericht hat in seinem Urtheile festgestellt, daß das Fideikommiß noch zu Recht besteht, daß die Kläger in das Bergwerksvermögen zur Hälfte erbberechtigt seien, und daß dies Bergwerkseigenthum aus den von den Klägern bezeichneten Kuxen, Kuxtheilen und Kaufgelderantheilen bestehe. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage insoweit abgewiesen, als dieselbe auf die Feststellung, daß die erwähnten Kaufgelderantheile zum Fideikommißvermögen gehören, gerichtet ist. Im Uebrigen ist die Berufung zurückgewiesen worden. Die von den Beklagten gegen

das Berufungsurtheil eingelegte Revision hat es also mit der Entscheidung zu thun, ob das in Frage stehende Fideikommiß noch zu Recht besteht, und ob dasselbe die Hälfte des Bergwerkseigenthums an den in dem entscheidenden Theile des landgerichtlichen Urtheiles näher bezeichneten Kuxen und Kuxtheilen umfaßt.

Die mehrgenannten Eheleute bestimmen wörtlich, daß die fraglichen Bergwerksantheile in keine fremden Hände gerathen, daß sie gleichsam wie Fideikommiß bei der Familie der Testatoren und deren nächsten Blutsverwandten nun und zu ewigen Zeiten bleiben und nicht davon „veralienirt“ werden sollen. Die Revisionsklägerin sucht geltend zu machen, in dieser Willenserklärung könne die Anordnung eines Familienfideikommisses nicht gefunden werden, weil zum Wesen eines solchen eine Anordnung des Stifters gehöre, infolge deren der Nachfolger im Fideikommisse nicht als Erbe seines Vorgängers, sondern als Nachfolger des Stifters zur Folge berufen sei. Dieser Angriff geht fehl. Allerdings besteht die Eigenthümlichkeit der fideikommissarischen Erbfolge darin, daß ihr Grund in der Fürsorge eines Vorfahren zu finden ist, also der jeweilige Fideikommißfolger sein Recht von seinem unmittelbaren Vorgänger, wenn dieser nicht selbst der Stifter des Fideikommisses ist, nicht herleitet. Allein damit ist nicht, wie die Revisionsklägerin meint, die Nothwendigkeit einer besonderen Fideikommißfolgeordnung gegeben. Vielmehr ist es von Altersher bis in die neuere Zeit auf dem Boden des gemeinrechtlichen Fideikommißrechtes, also beim Nichtvorhandensein entgegenstehender landesgesetzlicher Bestimmungen, Rechtens gewesen, daß das Bestehen eines Familienfideikommisses von der Festsetzung einer Folgeordnung durch den Stifter unabhängig ist. (Zu vergleichen Knipschild, tract. de fideicomm., cap. IX. 1. 2; von Salza und Lichtenau, Lehre von Familienfideikommissen, § 57, S. 110 ff.; Lewis, Recht der Familienfideikommisse, § 21 S. 356 ff.). Es besteht zwar keine vollständige Uebereinstimmung der Ansichten darin, nach welchen Grundsätzen die Fideikommißfolge beim Fehlen jeder Anordnung des Stifters sich zu bestimmen hat. Einzelne Schriftsteller wollen solchenfalls die Fideikommißfolge nach den Grundsätzen der Lehnsfolge bestimmen. So Westphal, Deutsches Privatrecht II. Abh. 57 § 9 S. 235. Die herrschende Meinung geht aber dahin, daß die Fideikommißfolge, wenn der Stifter nichts darüber bestimmt hat, sich nach den Grundsätzen des gewöhnlichen gesetzlichen Erbrechtes richtet, und zwar in der Art, daß die zu gesetzlichen Erben berufenen Verwandten

des letzten Besitzers auch zur Fideikommißfolge berufen sind (Rieschild, cap. IX. 76 seq.; von Salza und Lichtenau S. 112; Lewis S. 359). Diese Auffassung liegt der Klage zum Grunde. Die Kläger sind Kinder und Enkel eines Bruders des letzten Besitzers. Die Beklagte ist die vom letzten Besitzer zur Testamentserbin eingesetzte Schwester desselben. Die Beklagte hat zwar geltend gemacht, daß die als Mitkläger aufgetretenen Brudersenkel des letzten Besitzers nach der gesetzlichen Erbfolge des gemeinen Rechtes, welche im Jahre 1757 in Schwelm gegolten habe, zur Fideikommißfolge nicht berufen seien. Das Berufungsgericht hat indeß angenommen, daß, wenn Mangels einer Anordnung des Stifters über die Erbfolge die gesetzliche Erbfolge für das Fideikommiß einzutreten habe, das zur Zeit des jeweiligen Erbfalles geltende Recht anzuwenden sei, da es der Wille des Stifters nicht gewesen sein könne, die zur Zeit der Stiftung geltende gesetzliche Erbfolge auf immer für das Fideikommiß bestehen zu lassen, der Wille des Stifters vielmehr dahin ausgelegt werden müsse, daß die Erbfolge sich nach dem zur Zeit des Erbfalles allgemein geltenden, als bekannt vorausgesetzten Erbrechte bestimmen solle. Dieser Auffassung, welche die streitige Frage nach dem aus der Natur der Sache zu entnehmenden, muthmaßlichen Willen des Stifters entscheidet, ist beizutreten. Daraus folgt, daß den als Mitklägern aufgetretenen Brudersenkeln des letzten Besitzers, die nach dem preuß. A.L.R. neben den Geschwistern gesetzlich zur Erbfolge berufen sind, die Berechtigung zur Klage an sich nicht abgesprochen werden kann.

Die Beklagte sucht weiter geltend zu machen, das Berufungsgericht habe das in dem Testamente der Eheleute E. z. M. enthaltene Veräußerungsverbot, durch welches einem jeden Erben und Erbeserben des Erblassers die Veräußerung des in Frage stehenden Bergwerkseigenthums an einen Fremden untersagt sei, mit der Stiftung eines Familienfideikommisses verwechselt. Und es sei insbesondere in Verletzung des § 259 C.P.O. nicht beachtet worden, wie die Eheleute E. z. M. den Willen, ein Fideikommiß zu errichten, nicht ausgesprochen, sondern nur angeordnet haben, daß das Bergwerkseigenthum nicht in fremde Hände komme und gleichsam wie Fideikommiß bei der Familie bleiben solle. Auf diesen Angriff ist zu bemerken, wie zur Errichtung eines Familienfideikommisses eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Stifters dahin, daß das zum Gegenstande des Fideikommisses bestimmte Vermögen beständig einer

bestimmten Familie erhalten werden solle, und ein damit verbundenes Veräußerungsverbot gehören (von Salza und Lichtenau S. 15; Lewis S. 102). Diese Erfordernisse liegen hier vor. Wenn es in der Willenserklärung, die von den Klägern als Fideikommißstiftung angesprochen wird, heißt, daß das in Frage stehende Vermögen gleichsam wie Fideikommiß bei der Familie bleiben solle, so ist nicht abzusehen, wie die Kläger daraus Grund für die Annahme herleiten wollen, daß der die Erfordernisse der Fideikommißerrichtung an sich tragende Wille der Eheleute E. z. M. nicht auf die Stiftung eines Familienfideikommisses gegangen sei. Von der Absicht, kein Familienfideikommiß, sondern ein römisch-rechtliches Fideikommiß, das in der vierten Hand und Generation freies Eigenthum wird, zu errichten, kann angesichts des Umstandes, daß die Stifter von ewigen Zeiten sprechen, für welche die fraglichen Vermögensstücke bei der Familie bleiben sollen, keine Rede sein. Eine Verletzung des § 259 C.P.O. läßt sich also daraus, daß die Worte „gleichsam wie Fideikommiß" in den Entscheidungsgründen des Berufungsgerichts eine besondere Würdigung in dem Sinne nicht gefunden haben, als ob daraus ein Zweifel an der Absicht der Stiftung eines Familienfideikommisses entnommen werden könnte, nicht herleiten.

In Verbindung mit der zuletzt besprochenen Rüge steht der Angriff, mit welchem die Beklagte geltend zu machen sucht, daß dem Willen der Eheleute E. z. M. mit der testamentarischen Einsetzung einer Familienangehörigen zur Universalerbin und damit zugleich zur Nachfolgerin in das Fideikommiß genügt sein würde, und daß dem Wesen des Familienfideikommisses die Ernennung des Fideikommißfolgers durch den Fideikommißbesitzer nicht widerspreche, daß dem Berufungsgericht hiernach zu prüfen obgelegen habe, ob im Streitfalle eine Ernennung des Fideikommißfolgers durch den Besitzer zulässig sei, daß aber das Berufungsgericht im Widerspruche hiermit eine solche Ernennung für nicht vereinbar mit dem Wesen der Rechtseinrichtung erklärt habe. Diesem Angriffe gegenüber ist in Betracht zu ziehen, daß eine Befugniß des Fideikommißbesitzers zur Ernennung des Fideikommißfolgers vereinzelt schon in dem Falle angenommen wird, wenn der Stifter über die Fideikommißfolge nichts angeordnet und dem Besitzer nicht das Recht, darüber Bestimmung zu treffen, genommen hat (Posse, Prüfung des Unterschiedes S. 20). Die herrschende Meinung (Knipschild II. Nr. 17—19; von Salza und Lichtenau S. 113; Lewis S. 356 ff.) nimmt an, daß ein solches

Wahlrecht des Fideikommißbesitzers dem Wesen der Rechtseinrichtun
nicht widerstreite. Sie läßt aber das Wahlrecht nur stattfinde
wenn es vom Stifter verliehen ist. In den Entscheidungsgründ
des Berufungsgerichtes findet sich nun zwar gegenüber der von
Beklagten vertretenen Auffassung, das Veräußerungsverbot sei so a
zulegen, daß ihm nur die Veräußerung an nicht zur Familie gehör
Personen unterliegt, eine Zuwendung an die nächsten Blutsverwand
aber gestattet sei, die Ansicht ausgesprochen, es widerstrebe
Wesen der Rechtseinrichtung, dem Inhaber des Fideikommisses
Befugniß zuzugestehen, durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder
letztwillige Verfügung den Gegenstand des Fideikommisses auf
Anderen zu übertragen. Und dieser Satz steht mit der herrsche
Meinung, welche die Zulässigkeit einer Ernennung des Fideikom
folgers durch den Besitzer nicht ausschließt, nicht im Einklange.
ein Revisionsgrund liegt trotzdem nicht vor. Wird mit der herr
den Meinung davon ausgegangen, daß dem Besitzer die Be
der Wahl des Fideikommißfolgers aus der Zahl der Familienmitg
nur dann zusteht, wenn sie ihm stiftungsmäßig verliehen ist,
mit Rücksicht auf die Worte, in denen die Stiftung ausgesp
ist, ohne Weiteres klar, daß diese Worte zur Annahme jenes
rechtes keinen Anlaß bieten. Der Rechtsbehelf der Beklagte
auch nicht dahin, daß in den Worten der Stiftungsurkunde d
räumung eines solchen Wahlrechtes zu finden wäre. Es w
mehr behauptet, ein Veräußerungsverbot, durch welches ei
mögensgegenstand der Familie erhalten werden solle, schließe d
liche Zulässigkeit einer Veräußerung oder Zuwendung an F
mitglieder nicht aus. Und dieser Satz ist in den Entscheidungs
des Berufungsgerichts mißbilligt worden, allerdings in einer
die auch den nicht aufgestellten Rechtsbehelf, daß die Stift
jeweiligen Besitzer die Befugniß der Wahl des Fideikommi
aus den Mitgliedern der Familie eingeräumt haben, treffen

Ist aus diesen Gründen das Ergebniß der Ausführun
Berufungsgerichtes, daß durch die testamentarische Bestimm
Eheleute E. z. M. ein Fideikommiß, welches das von jener
mung betroffene Bergwerkseigenthum zum Gegenstande hat,
Leben gerufen worden ist, aufrecht zu halten, so ist dem Be
gerichte auch darin beizutreten, daß die spätere Gesetzgebung
Bestande des Fideikommisses nichts geändert hat. Die Ein
des preuß. A.L.R. an Stelle des gemeinen Rechtes hat da

kommiß fortbestehen lassen. Durch die später erfolgte Einführung der französischen Gesetzgebung in das Großherzogthum Berg, welchem der fragliche Gebietstheil nach seiner Lostrennung von dem preußischen Staate zugeschlagen worden ist, ist das Fideikommiß ebenfalls nicht aufgehoben worden (Art. 896 c. c.). Auch die nach Wiedervereinigung des in Rede stehenden Landestheiles mit dem preußischen Staate wiederum in Kraft getretene preußische Gesetzgebung hat im Bestande des Fideikommisses nichts geändert. Die Beklagte sucht in der fraglichen Stiftung einen Revisionsgrund aus dem § 3 des Gesetzes vom 23. März 1828 herzuleiten, in welcher Bestimmung betreffs der Fideikommisse, deren Gegenstände Grundstücke sind, die Fortdauer der Rechte der Anwärter von der Anmeldung dieser Rechte beim Hypothekenbuche zur Eintragung abhängig gemacht worden ist. Die Beklagte weist nämlich darauf hin, wie das Berufungsgericht nicht festgestellt habe, daß die zur Erhaltung des Fideikommisses erfolgte Anmeldung erfolgt sei. Der Angriff geht aber fehl. Das Berufungsgericht hat im Anschlusse an die Entscheidungsgründe des Landgerichts festgestellt, daß die Fideikommißeigenschaft des streitigen Bergwerkseigenthums aus den in dem Berggrundbuche enthaltenen Eintragungen hervorgehe. Dieser Feststellung gegenüber kann im Hinblicke darauf, daß in den Vorinstanzen die Thatsache der seitens der Fideikommißanwärter geschehenen Anmeldung der Fideikommißeigenschaft zur Eintragung und die Frage, ob die Anmeldung rechtzeitig erfolgt oder als verspätet oder aus anderen Gründen als mangelhaft anzusehen sei, zum Gegenstande der Verhandlung überall nicht gemacht worden ist, die unterlassene Feststellung der Anmeldung einen Revisionsgrund nicht abgeben.

(Die weiteren Gründe bieten kein allgemeines Interesse.)

Nr. 70.

Kann durch den Willen des Stifters eines Familienfideikommisses der Adel zur Bedingung der Sukzessionsfähigkeit gemacht werden?

A.L.R. II. 4 § 134.

Einfluß des Art. 4 der Verf.U. vom 31. Januar 1850 auf die jetzige rechtliche Stellung des Adels in Preußen.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 14. Februar 1889 in Sachen Sch., Beklagten, wider Freiherr von Sch., Kläger. IV. 306/88.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Königsberg ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Die Parteien streiten darüber, wem von ihnen nach dem am 8. Februar 1887 erfolgten Tode des Julius Sch. die Nachfolge in das von dem Freiherrn Heinrich Christoph von Sch. durch Testament vom 23. November 1730 gestiftete, ursprünglich aus dem adligen Gute M. bestehende und später in Kapital umgewandelte Fideikommiß, sowie in das von dem Freiherrn August von Sch. durch Testament vom 10. Dezember 1770 gestiftete Geldfideikommiß zusteht.

Das Landgericht hat zu Gunsten des Beklagten, hingegen auf Berufung des Klägers das Oberlandesgericht zu Gunsten des Klägers sich ausgesprochen.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger bestreitet die Sukzessionsfähigkeit des Beklagten aus drei Gründen, nämlich:

1. weil dessen Vater Julius Sch. im Jahre 1852 wegen Diebstahls zu einer Gefängnißstrafe von einem Jahre und zum Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auf gleiche Dauer verurtheil[t] worden,
2. weil die Mutter des Beklagten eine Dienstmagd gewesen,
3. weil dem Beklagten der Adel fehlt.

Die Gründe zu 1 und 2 sind vom Oberlandesgericht verworf[en] und diese Entscheidung giebt dem Beklagten keinen Beschwerdeanl[aß].

Den Grund zu 3 hat das Oberlandesgericht für durchgreif[end] erachtet. Gegen diese Annahme richtet sich die Revision des Beklag[ten]. Der Angriff erscheint jedoch unbegründet.

Der Vorderrichter geht davon aus, daß die Frage, ob der Erforderniß der Sukzessionsfähigkeit in die hier in Betracht stehe[nden] Familienfideikommisse sei, nach dem Willen der Stifter beurt[heilt] werden müsse, wie solcher aus den Stiftungsurkunden nach Grundsätzen des gemeinen Rechts sich ergebe. Dieser Ausg[angs]punkt ist zu billigen. Es herrscht in Doktrin und Rechtsprechun[g des] gemeinen wie des preußischen Rechts wesentliche Uebereinstim[mung] darüber, daß für die Frage der Sukzessionsfähigkeit bei Far[milien]fideikommissen hauptsächlich die Anordnungen des Stifters maßg[ebend] und diese nach den Regeln des zur Zeit der Stiftung gel[tenden] Rechts auszulegen sind. (Vergl. Lewis, Recht der Familie[nfidei]kommisse S. 43, 341, 348, 349; von Salza und Lichtenau, [Recht] der Familienfideikommisse S. 68; Stobbe, Deutsches Privatrecht S. 365; A.L.R. II. 4 § 134; Dernburg, Preußisches Pri[vatrecht]

Bd. I. S. 969; Förster=Eccius Theorie und Praxis Bd. IV. S. 261; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. V. S. 149, Bd. XIII. S. 225). Der Hinweis der Revision auf die Vorschriften der §§ 43, 460, A.L.R. I. 12 zufolge deren bei Beurtheilung der Erwerbsfähigkeit eines Erben oder Legatars auf die Zeit des Erbanfalles gesehen werden soll, ist angesichts der grundsätzlichen Verschiedenheit der Erbfolge von der Fideikommißfolge ohne Gewicht. Daß aber zur Zeit der Stiftung der hier fraglichen Fideikommisse in Ostpreußen das gemeine Recht in Geltung gewesen, ist unter den Parteien nicht streitig. Die Revision meint zwar noch, das Berufungsurtheil lasse die Prüfung vermissen, ob nicht in dem revidirten preußischen Landrecht von 1721 eine auf die Streitfrage bezügliche Bestimmmung enthalten sei. Aber das Landgericht hatte bereits festgestellt, daß das revidirte Landrecht über Familienfideikommisse überhaupt nichts enthalte; und dieser Annahme hat das Oberlandesgericht offenbar stillschweigend sich angeschlossen, welche Entscheidung gemäß § 525 C.P.O. der Revision nicht zugänglich ist.

Weiter stellt nun das Berufungsgericht fest, daß vorliegend der Wille der beiden selbst der adligen Familie von Sch. angehörigen Stifter dahin gegangen sei, daß auch nur adlige Personen sukzessionsfähig sein sollten. Diese Feststellung ist darauf gegründet, daß es nach den Anschauungen des gemeinen Rechts zur Zeit der Stiftungen dem Wesen des Fideikommißinstituts zuwiderlaufe, bei adligen Familienfideikommissen die Sukzession Nichtadliger zuzulassen, und ein entsprechender Wille der Stifter mangels entgegenstehender Bestimmungen der Stiftungsurkunden anzunehmen sei. Die hiergegen erhobenen Revisionsangriffe treffen nicht zu.

Zunächst macht die Revision geltend, daß, auch wenn die Geltung des Satzes, daß für adlige Familienfideikommisse Nichtadligen die Sukzessionsfähigkeit abgehe, im gemeinen Recht zur Zeit der Stiftungen vorausgesetzt werde, derselbe doch bei Eintritt des jetzigen Sukzessionsfalles im Jahre 1887 in Preußen längst außer Geltung gekommen sei, daß auch nicht feststehe, ob er im gemeinen Recht heute unter den veränderten sozialen Anschauungen noch Boden habe. Dieser Angriff scheitert daran, daß, wie oben dargelegt, für die Streitfrage es lediglich auf den Willen der Stifter, bemessen nach den Rechtsansichten zur Zeit der Stiftungen, ankommt.

Sodann leugnet die Revision, daß selbst damals nur im gemeinen Recht der vorgedachte Satz Geltung gehabt habe. Indeß zu

Unrecht. Die Revision bezeichnet den vom Oberlandesgericht an die Spitze gestellten Grundsatz, daß das Familienfideikommiß ein Institut des niederen Adels sei, als nicht zutreffend. Allein mit diesem Gedanken hat der Richter augenscheinlich nicht sagen wollen, daß das Institut nur für den Adel zugänglich gewesen sei, da er hinterher selbst die Zulässigkeit bürgerlicher Fideikommisse anerkennt, sondern hat nur das Moment im Auge, daß die Familienfideikommisse ihre geschichtliche Entwickelung von dem Stande des niederen Adels aus genommen haben. Und dieser Gesichtspunkt ist richtig. (Vergl. von Gerber, Jahrbuch für Dogmatik Bd. I. S. 93; Stobbe a. a. O. Bd. II. S. 555, Bd. V. S. 320; Beseler, Deutsches Privatrecht Bd. II. S. 818; von Salza und Lichtenau a. a. O. S. 15; Lewis a. a. O. S. 41.) — Weiter will die Revision die Annahme des Berufungsgerichts nicht gelten lassen, daß das Institut der Familienfideikommisse den Zweck verfolge, den Glanz und das Ansehen der berufenen Familie zu erhalten. Der Richter giebt aber diesen Ausspruch, wie Eingang und Zusammenhang seiner bezüglichen Gründe erkennen läßt, wesentlich im Hinblick darauf, daß es sich hier um Fideikommisse handelt, welche von Adligen gestiftet sind, und hat somit den historischen Ursprung des Instituts im Sinne. So aufgefaßt entspricht der Sa[tz] aber auch dem Geiste des gemeinen Rechts im 18. Jahrhunder[t]. Die von der Revision angeführten Aeußerungen von Gerbers (Jah[r]buch für Dogmatik Bd. I. S. 58) und von Roths (Deutsches Priva[t]recht Bd. III. § 331) stehen nicht entgegen. Ersterer Schriftstell[er] bezeichnet an anderer Stelle (Deutsches Privatrecht, 15. Aufla[ge] S. 154) die Anordnung, daß ein Gut unveräußerlich auf alle G[e]schlechtsfolger des Stifters oder eines Dritten bis zum Ausga[ng] des Stammes und Namens zur Erhaltung des Geschlechtsanseh[ens] übergehen solle, gerade als das Karakteristische des Familienfi[dei]kommisses. Ebenso bemerkt Svarez in den Schlußvorträgen (S. 1[...]) daß die einzig vernünftige Absicht bei Fideikommissen die conserv[atio] splendoris familiae sei. (Vergl. auch A.L.R. I. 12 § 523). Endlich meint die Revision, daß das Oberlandesgericht zu Un[recht] den adligen Familiennamen als Vorbedingung für den Fideikom[miß]besitz hingestellt habe. Allein der Richter geht ausdrücklich d[avon] aus, daß die Stifter vorliegend von Adel gewesen und für [eine] Familie gestiftet haben, und folgert dann, daß für eine solche Fa[milie] der oben erörterte Zweck des Fideikommisses nur von einem ad[ligen] Repräsentanten erfüllt werden könne. Wenn er sich hierfür auf

Umstand beruft, daß der Name das äußere Erkennungszeichen der Familie bilde, so will er offenbar nur sagen, was auch die Revision anerkennt, daß der Name die Zugehörigkeit zur agnatischen Familie ergebe. Als entscheidendes Moment fügt er dann aber hinzu, daß nach sozialer und rechtlicher Auffassung des 18. Jahrhunderts ein adliger Name mit dem Wegfall der Adelsattribute und der damit verknüpften politisch und gesellschaftlich bevorzugten Stellung auch seinen Glanz eingebüßt habe, und daher die Repräsentirung einer adligen Familie durch einen Nichtadligen dem Wesen eines adligen Familienfideikommisses widersprechen würde. Und diese Erwägung erscheint zutreffend. (Vergl. von Salza und Lichtenau a. a. O. S. 76, A.L.R. I. 1 § 7, II. 9 §§ 14—16, 35, 40 ff.; Entscheidungen des preußischen Obertribunals Bd. 28 S. 342). Es darf darauf hingewiesen werden, daß selbst nach der heutigen preußischen Gesetzgebung, wennschon der Begriff des adligen Gutes (A.L.R. II. 9 § 40) durch das Edikt vom 9. Oktober 1807 beseitigt und die politische Bevorrechtung des Adels zu Folge Artikel 4 der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 in Wegfall gekommen, immerhin noch der Adel als eine vererbliche gesellschaftliche Titulaturauszeichnung bestehen geblieben ist, welche vom Staate anerkannt, verliehen und geschützt wird (Verfassungs-Urkunde Art. 50), und wie die Ehrenrechte des niederen Adels, so auch die diesem eigenthümlichen Rechtsinstitute, soweit sie rein privatrechtlicher Natur, erhalten sind (vergl. A.L.R. II. 4 § 134; Gesetz vom 15. Februar 1840; Kabinetsordre vom 4. September 1850; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. II. S. 154, Bd. V. S. 173).

Ist nach vorstehender Ausführung die Annahme des Berufungsgerichts, daß nach der Anschauung des gemeinen Rechts zur Zeit der fraglichen Stiftungen der adlige Name Vorbedingung für die Sukzession in adlige Familienfideikommisse gewesen, gerechtfertigt, so erscheint auch die weitere Erwägung unanfechtbar, daß der Wille der Stifter, wie er in den Stiftungsurkunden zum Ausdruck gebracht, dieser Rechtsanschauung entsprochen habe.

Nr. 71.

Rechtswirkung einer Lebens-Versicherung zu Gunsten der Familie.

A.L.R. II. 8 §§ 2280, 2293 ff.

Begriff der Familie. Wirkung einer Verpfändung der Police.

Die Revision der Beklagten wider das Urtheil des preußischen Kammergerichts ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsurtheil beruht darauf, daß der Hotelier B. sein Leben zu Gunsten seiner Familie versichert hat, und daß unter der Familie im vorliegenden Falle nach der Willensmeinung des Versicherungsnehmers seine Frau, die Klägerin, und sein damals lebender, inzwischen verstorbener einziger Sohn zu verstehen, die Klägerin deshalb, nachdem der Sohn verstorben, die einzige Berechtigte sei, und zwar aus ihrer Person als Ehefrau, nicht in ihrer Eigenschaft als Erbin.

Letzteres beruht auf der Auslegung des Versicherungsvertrages. Ist diese Auslegung richtig, so ist mit Recht nach dem prinzipalen Antrage der Klage erkannt. Der Klage steht dann nicht entgegen, daß in der Polize selbst die Familie oder die Ehefrau und der Sohn nicht als die Empfangsberechtigten, zu deren Gunsten die Versicherung genommen, bezeichnet sind. Denn die Polize selbst verweist auf den Antrag des Versicherungsnehmers und die von ihm abgegebenen Erklärungen als die Grundlage der Versicherung. Der § Abs. 2 der in der Polize in Bezug genommenen allgemeinen Bedingungen sagt, daß die von dem Versicherungsnehmer in dem Antra (Deklaration I) gemachten Angaben und Erklärungen mit der Poli den Versicherungsvertrag bilden, und in dem Antra (Deklaration I) ist erklärt, daß die Versicherung zu Gunsten der F milie geschlossen werde, und dieser Antrag die alleinige Grundl für die Versicherung bilden solle.

Darnach ist der Versicherungsvertrag zu Gunsten der Fam geschlossen, auch ohne daß dies noch besonders in der Polize ge zu werden brauchte. Die Bestimmung in § 14 Abs. 2 der Allgeme Bedingungen hat mit der vorliegenden Frage so wenig etwa thun, wie die Bestimmung im § 2 dieser Bedingungen. Der bestimmt weiter nichts, als was aus allgemeinen Rechtsgrunds von selbst folgt, nämlich daß der Versicherungsnehmer zu Gu einer dritten Person bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Ver rungssumme derjenige ist, der über das Recht aus dem Versicheru vertrage allein zu disponiren befugt ist. Der § 14 Abs. 2 zielt

darauf hin, die Versicherungs-Gesellschaft in dem Falle, wo die Versicherung zu Gunsten eines Dritten. aber nicht einer bestimmten Person, genommen, von der Verpflichtung zur Prüfung der Legitimation des Präsentanten der Polize zu entbinden. Vergl. Entscheidungen des Ober-Handelsgerichts Bd. 3 S. 339 ff. Er beseitigt zugleich die von der Revision verfochtene Annahme, daß der Versicherungsvertrag die Versicherung zu Gunsten eines Dritten nur zulasse, wenn dieser Dritte bereits zur Zeit der Versicherungsnahme eine bestimmte, benannte Person sei.

Zulässig war die Versicherungsnahme zu Gunsten der Familie. Wer diese Familie ist, ist bestimmbar. Gemeint war damit nach der Auslegung des Berufungsrichters Frau und Kind. Ist dies anzuerkennen, so erwarben beide, und nachdem das Kind unstreitig vor dem Versicherungsnehmer verstorben, die allein übrig bleibende Frau mit dem Tode des Versicherungsnehmers das ihnen bis dahin bedingt und von der Verfügungsgewalt des Versicherungsnehmers abhängig eingeräumte Recht aus dem Versicherungsvertrage als ein nunmehr unbedingt wirksames und als eigenes Vermögensrecht, und zwar aus dem Versicherungsvertrage, nicht aus dem Nachlasse des Versicherungsnehmers. Darüber daß dies, wie für das gemeine, so auch nach den §§ 2280, 2293 ff. A.L.R. II. 8 und namentlich in einem Falle, wie dem vorliegenden, in welchem der Ehemann zu Gunsten seiner Frau und seines Kindes versichert, auch nach preußischem Recht, selbst gemäß § 74 ff. A.L.R. I. 5 zulässig ist, kann auf die Ausführungen in dem Urtheil des Reichsgerichts in seinen Entscheidnngen in Civilsachen Bd. 1 S. 188 und 379 (vergl. Bd. 16 S. 126) und auf das Urtheil des vormaligen Ober-Tribunals zu Berlin in seinen Entscheidungen Bd. 72 S. 90 Bezug genommen werden. Vergl. auch Urtheil des Reichsgerichts vom 18. Mai 1887 VI. 129/87.

Dabei hat das Ober-Tribunal zwar sowohl in der bezeichneten Entscheidung wie schon in einer früheren, — vergl. Entscheidungen Bd. 51 S. 46 (Striethorst Archiv Bd. 55 S. 82) und Bd. 71 S. 1, — den Vertrag, durch den das Recht dem Dritten stipulirt ist, als eine letztwillige Verfügung, den zugewendeten Vortheil als letztwillige Zuwendung karakterisirt, indessen hat diese mit der Karakterisirung des Vertrages als Vertrag zu Gunsten eines Dritten und dem Begriff der Verfügungen unter Lebenden und von Todeswegen unvereinbare, in sich unhaltbare Auffassung in der angezogenen Entscheidung des Reichsgerichts Bd. I S. 380 bereits ihre Widerlegung gefunden.

Bd. 4 Nr. 784. Daraus, daß, wie in den Vorinstanzen zur Sprache gebracht ist, der verstorbene V. bei seinen Lebzeiten die Police verpfändet hat, kann nicht geschlossen werden, daß er damit das für Frau und Kind gewollte Recht hat aufheben, den Anspruch aus dem Versicherungsvertrage zu einem Anspruch seines Nachlasses hat machen, oder allen seinen Gläubigern hat zuwenden wollen. Es folgt daraus weiter nichts, als daß die Berechtigten das mit dem Tode des V. erworbene eigene Recht beschwert mit diesem Pfandrecht, erworben haben.

Vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 16 S. 126, 127, Bolze Praxis Bd. 2 Nr. 1074.

Es fragt sich darnach nur, ob die Auslegung, welche der Berufungsrichter in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter der Bestimmung des Versicherungsvertrags, daß die Versicherung zu Gunsten der Familie genommen sei, dahin giebt, daß sie für Frau und Kind gelten solle, mit Grund angefochten ist.

Diese Auslegung beruht auf der thatsächlichen Würdigung der Verhältnisse, besonders des Umstandes, daß V. zur Zeit der Versicherungsnahme Frau und Kind gehabt und unter seiner Familie nur diese ihm zunächst stehenden Personen gemeint haben könne.

Gegen gesetzliche Auslegungsregeln ist damit nicht verstoßen, auch in der Würdigung der Sachlage nicht gefehlt.

Der § 1 A.L.R. II. 3 und die §§ 40 ff. I. 1 bestimmen den Begriff der Familie ebenso wie die §§ 1 ff. A.L.R. II. 4 nur für das Recht der Familienverhältnisse, d. h. für die Rechtsbeziehungen unter den Mitgliedern der Familie. Darum handelt es sich hier nicht. Die §§ 523 und 524 A.L.R. I. 12 geben Auslegungsregeln für letztwillige Verordnungen, ohne dadurch aber den Richter zu binden, der im Uebrigen auf die Ermittelung der wahren Willensmeinung, und im § 556 a. a. O. auf die allgemeinen Auslegungsregeln für Willenserklärungen in §§ 65 ff. I. 4 verwiesen wird, die nach § 252 I. 5 auch für Verträge gelten.

Darnach ist der Sinn jeder Willenserklärung nach der gewöhnlichen Bedeutung der Worte, aber auch nach dem Gebrauch zu erklären, „wenn nach der Person des Erklärenden oder der Beschaffenheit des Gegenstandes, besondere Ausdrücke oder Redensarten in Gebrauch sind.“ §§ 65, 67, 69 A.L. R. I. 4. Nun ist nicht zu leugnen,

aß der Ausdruck „meine Familie“ gerade für Frau und Kind gebraucht wird. Der Auslegung der Vorinstanzen kann darnach nicht ntgegengetreten werden.

Nr. 72.

Gehört Brückengeld zu den Kreisabgaben? Ist bei der Klage auf Befreiung von Brückengeld der Rechtsweg ausgeschlossen.

[.L.R. II. 14 § 79. Ges. v. 24. Mai 1861 §§ 9, 10. Kreis-Ordn. v. 13. Dezember 1872 § 19.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 27. Juni 1889 in Sachen R., Klägers, wider den Brückenzoll-Pächter Sch., Beklagten. IV. 94/89.)

Auf die Revision des Klägers ist das Urtheil des preußischen Kammergerichts aufgehoben, und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat in Uebereinstimmung mit dem Landgericht den Rechtsweg in vorliegender Sache für unzulässig erachtet und deshalb die Klage-Abweisung bestätigt. Es führt aus: Das in der Netzebrücke bei Zantoch zur Erhebung gelangende Brückengeld bilde eine staatlich genehmigte öffentliche Abgabe, zu deren Entrichtung jeder Einwohner verpflichtet sei, und daher sei, der Regel des § 78 A.L.R. II. 14 gemäß, der Rechtsweg über dieselbe ausgeschlossen. Daneben aber stelle sich das Brückengeld, da dessen Erhebung als Entgelt für die Benutzung einer im Kreisinteresse errichteten Brücke einem Kreise gestattet worden, sich als Kreisabgabe dar, und darum bleibe auf Grund des § 19 Absatz 3 der Kreisordnung der jetzigen Klage, obwohl diese sich auf ein Zollfreiheits-Privileg des Klägers im Sinne des § 79 A.L.R. II. 14 gründe, der Rechtsweg dennoch verschränkt.

Die Revision rügt Verletzung des § 78 l. c. durch unterlassene und des § 19 Kreisordnung durch unrichtige Anwendung.

Dieser Angriff erscheint begründet.

Es ist richtig, daß der § 19 Absatz 3 der Kreisordnung für Beschwerden und Einsprüche, welche die Heranziehung oder Veranlagung zu den Kreisabgaben betreffen (Absatz 1 Nr. 2), die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte auch insoweit bestimmt hat, als bis dahin durch § 79 A.L.R. II. 14, die §§ 9, 10 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 oder sonstige Vorschriften der ordentliche Rechtsweg zugelassen war: eine Bestimmung, welche demnächst durch § 160 des

Gesetzes über die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden vom 1. August 1883 noch Ausdehnung auf eine Reihe anderer kommunaler Verbindlichkeiten erlangt hat. Allein die Annahme des Berufungsgerichts, daß es sich bei dem hier fraglichen Brückengelde um eine Kreisabgabe im Sinne des § 19 der Kreisordnung handele, erscheint unhaltbar. Der § 19 bildet den Schluß des Titels I Abschnitt 2 der Kreisordnung, welcher die Kreisangehörigen, deren Rechte und Pflichten betrifft. Unter den Pflichten ist zu b die Beitragspflicht zu den Kreisabgaben in den §§ 9—19 geregelt. In § 9 ist unter Hinweis auf § 116 Nr. 3 die Verpflichtung der Kreisangehörigen ausgesprochen, zur Befriedigung der Bedürfnisse des Kreises, soweit solche nicht aus dem Vermögen oder aus sonstigen Einnahmen des Kreises bestritten werden, Abgaben aufzubringen. In den §§ 10—18 folgen die näheren Vorschriften über die Vertheilung und Aufbringung der Abgaben und über die Heranziehung zu denselben. Dabei ist leitender Grundsatz, daß die Vertheilung nach keinem anderen Maßstabe, als nach dem Verhältniß der von den Kreisangehörigen zu entrichtenden direkten Staatssteuern, und nur durch Zuschläge zu denselben erfolgen darf (§ 10 Absatz 1). Nach § 11 wird das Kreisabgabensoll für die einzelnen Gemeinden und Gutsbezirke im Ganzen berechnet und denselben zur Untervertheilung auf die einzelnen Steuerpflichtigen, wie zur Einziehung und Abführung an die Kreiskommunalkasse überwiesen. Es handeln dann der § 12 von der Feststellung des Vertheilungsmaßstabes, der § 13 von der Mehr- oder Minderbelastung einzelner Kreistheile, die §§ 14, 15 von der Heranziehung der Forensen, juristischen Personen u. s. w., der § 16 von der Unzulässigkeit der Doppelbesteuerung, und die §§ 17, 18 von den Befreiungen hinsichts der Kreisabgaben. Alle diese Vorschriften, namentlich aber der in § 10 enthaltene Grundsatz über den Vertheilungsmaßstab, lassen klar ersehen, daß der Titel I Abschnitt 2, und folglich auch der § 19, nur solche Abgaben im Auge hat, welche der Kreis von seinen Angehörigen durch Zuschläge zu den von diesen zu entrichtenden direkten Staatssteuern erhebt. Eine derartige Abgabe steht vorliegend nicht in Frage. Das Brückengeld an der Zantochbrücke ist, wie das Berufungsgericht selbst annimmt, eine öffentliche Abgabe, deren Erhebung der Staat dem Kreise überlassen (§§, 90 91 A.L.R. II. 15), und welche jeder Einwohner des Staates, falls er für seine Person oder sein Vieh oder sein Fuhrwerk die Brücke passirt, zu entrichten hat. Eine derartige Abgabe wird vielmehr im Sinne des

§ 9 der Kreisordnung zu den sonstigen Einnahmen des Kreises zu rechnen sein. Die Revision hat zwar eventuell noch versucht, die Klage unter den Gesichtspunkt des § 19 Nr. 1 (§ 7 Nr. 2) der Kreisordnung zu bringen; allein es ist nicht das Recht des Klägers zur Mitbenutzung der vom Kreise erbauten Zantocher Netzebrücke, sondern eben das Recht des Klägers auf Befreiung von dem an dieser Brücke zur Erhebung gelangenden Brückenzoll streitig. Sonach steht der Klage der § 19 der Kreisordnung nicht entgegen. Dann aber darf der Kläger rechtliches Gehör auf Grund des § 79 A.L.R. II. 14 beanspruchen, weil er seine Klage auf ein vermöge des staatlich festgesetzten Tarifs seinem Gute Eichführ bewilligtes Zollfreiheits-Privileg gründet.

Nr. 73.

Bestehen die Vorschriften des Lübischen Rechts, welche das Verbauen von Fenstern durch den Nachbar untersagen, in den mit Lübischem Recht bewidmeten Städten von Vor- und Hinterpommern noch jetzt zu Recht?

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 12. Juni 1889 in Sachen der Frau S., Beklagter, wider P., Kläger. V 89/89.)

Die Revision der Beklagten wider das Urtheil des preußischen Oberlandesgericht zu Stettin ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Berufungsrichter hat die Beklagte dem Klageantrage entsprechend verurtheilt, für die beiden auf der Ostseite des Wohnhauses des Klägers im Erdgeschoß und eine Treppe hoch vorhandenen Stubenfenster das Licht, wie es vor dem Neubau der Beklagten vorhanden war, wieder herzustellen. Er stützt seine Entscheidung vorzugsweise auf die Bestimmungen des Lübischen Rechts Buch III. Tit. 12 Art. VIII und XIII, sowie Buch I Tit. VIII Art. II.

Gegen die Anwendbarkeit dieser Gesetze richtet sich der erste Revisionsangriff der Beklagten mit der Ausführung, daß speziell der Art. XIII in Colberg keine Geltung habe. Die Nachprüfung des II. Urtheils in der Beziehung, ob das für die Entscheidung der Streitsache maßgebende Recht angewendet ist, erscheint zwar statthaft, die Beschwerde ist jedoch verfehlt.

In dem Entwurf des Statutarrechts der Städte des Herzogthums Alt-, Vor- und Hinterpommern (nach amtlichen Quellen bearbeitet. Stettin 1836) wird S. 14 gesagt, daß Colberg im Jahre 1255 durch den Herzog Wratislav mit dem Lübischen Recht

seiner Gültigkeit erhalten habe. Es ist ferner S. 60 zu § 2...
der Rechtssatz aufgenommen, daß in den Städten, in welchen Lübisches
Recht zur Anwendung kommt, keine Fenster und Oeffnungen in Ge-
bäuden angebracht werden dürfen, wo dergleichen bisher nicht gewese
sind. Die Begründung dieses § 26 führt näher aus, daß sich d
Anwendbarkeit des Art. XIII. Buch III. Tit. 8 in allen mit Lübische
Recht bewidmeten Städten, ausgenommen die Stadt Anclam, n
zureichender Sicherheit behaupten lasse. — Entsprechend dieser An
des Entwurfs zum Statutarrecht hat das frühere preußische Gehei
Obertribunal in dem Urtheil vom 20. Juli 1846 (Entscheidun
Bd. 13 S. 384) erkannt, daß dies insbesondere auch von
Art. XIII. Buch III. Tit. 12 gilt, sofern nicht nachgewiesen w
daß derselbe auf eine solche Weise außer Kraft getreten ist,
welche überhaupt Gesetze aufhören, wirksam zu sein, daß aber b
Anzeigen oder Bemerkungen in den Berichten einzelner Magis
die betreffende Vorschrift sei nicht, oder nicht mehr üblich, oder
mehr angewendet, noch nicht ausreichen: Das Geheime Obertri
hat in Ermangelung eines derartigen Nachweises die Gültigke
Art. XIII a. a. O. für Rügenwalde angenommen. Dasselbe ge
in dem Erkenntniß des Obertribunals vom 3. März 1851
für Colberg (Entscheidungen Bd. 21 S. 401), und von g
Grundsätzen geht das Urtheil vom 29. Oktober 1867 (Entschei
Bd. 59 S. 23) aus. Von dieser wohl begründeten und in kon
Praxis festgehaltenen Rechtsansicht des früheren preußischen h
Gerichtshofes abzugehen, bieten die Ausführungen der Be
keinen Anlaß. Der von ihr angeregte Zweifel, ob das Lübisch
auch für die Vorstadt Colberger-Münde Geltung habe, ist
Vorinstanzen nicht vorgetragen. Der Berufungsrichter hat, w
Entscheidung ergiebt, ein derartiges Bedenken nicht getheilt
nähere Begründung desselben ist nicht versucht. Aus dem
des Statutarrechts läßt sich für die Ansicht der Beklagten
entnehmen. — Der Bericht des Pommerschen Hofgerichts zu
vom 9. Oktober 1770 (Amtlich herausgegeben Cöslin 1854)
allerdings S. 25 die Bemerkung, daß von dem Lübische
Part. III. Tit. XIII nur noch dasjenige gelte, was Art. 3,
7, 8, 10 und 14 enthalten. Das Obertribunal hat jedoch
dem erwähnten Urtheil vom 20. Juli 1846 (Entscheidungen
S. 392) näher dargelegt, daß bei dem Bericht des Hofg

Betreff Einziehung der Nachrichten über das Bestehen der Bestimmungen des Lübischen Rechts in den einzelnen Städten des Departements nicht mit Genauigkeit verfahren sei, und daß die dem Bericht beigefügte Zusammenstellung des geltenden Lübischen Rechts nicht als zuverlässig angenommen werden könne. Dem ist beizutreten. Noch weniger erscheint von Bedeutung, daß das frühere Oberlandesgericht zu Stettin und einzelne weitere Gerichte I. Instanz die abweichende, vom Obertribunal als rechtsirrthümlich verworfene Ansicht gehabt haben. Auch die von der Beklagten überreichte Abschrift eines Urtheils des Obertribunals vom 6. Dezember 1859 in Sachen H. wider W. spricht nicht die Ungültigkeit des Art. XIII a. a. O. aus, sondern wendet sich nur gegen eine unrichtige Ausdehnung dieses Gesetzes.

Das Reichsgericht hat deshalb angenommen, es sei der Nachweis nicht geführt, daß Art. XIII a. a. O. und ebenso die weiteren vom Berufungsrichter angezogenen Vorschriften des Lübischen Rechts auf eine solche Weise in Colberg außer Kraft getreten sind, auf welche überhaupt Gesetze aufhören wirksam zu sein.

Hat aber der Berufungsrichter hiernach mit Recht das Lübische Recht angewendet, so ist seine Entscheidung, soweit sie die Anwendung dieses Rechts betrifft, der Nachprüfung in jetziger Instanz gemäß C.P.O. § 511 und Verordnung vom 28. September 1879 entzogen. (Vgl. das Urtheil des Reichsgerichts, III. Civilsenats, in Gruchot, Beiträge Bd. 28 S. 260.)

Nr. 74.

Ist der Rechtsweg für die Schadensklage gegen einen Gemeindevorsteher zulässig, wenn behauptet wird, daß derselbe einen ihm vom Amtsvorsteher ertheilten polizeilichen Auftrag nicht dem Auftrage gemäß ausgeführt habe?

Ges. vom 11. Mai 1842 § 1.

Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 7. November 1888 in Sachen J. und Gen., Kläger, wider den Gemeindevorsteher M., Beklagten. V. 198/88.)

Auf die Revision der Kläger ist das Urtheil des preußischen Kammergerichts aufgehoben, und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Thatbestand:

Der Beklagte hat im Jahre 1886 auf den Wiesen der Kläger einen Graben aufwerfen lassen. Die dadurch entstandenen Kosten sind zwangsweise von den Klägern eingezogen worden. Diese haben beantragt, den Beklagten zu verurtheilen:

Kosten zuzuschütten oder ihnen die Kosten der von ihnen zu bewirkenden Zuschüttung zu ersetzen;

2. ihnen den durch die Grabenanlage entstandenen, besonders zu ermittelnden Schaden zu ersetzen;
3. ihnen die von ihnen eingezogenen Kosten zu erstatten.

Der Berufungsrichter hat das die Klage abweisende erste Urtheil mit der Maßgabe bestätigt, daß die Kläger mit dem Antrage:

1. wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abzuweisen.

Die Kläger haben die Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Die Kläger 1 und 2 haben bei dem zuständigen Amtsvorsteher zum Schutze ihrer Grundstücke einen Antrag wegen Räumung des „Sandgrabens" gestellt. Der Amtsvorsteher hat den jetzt beklagten Gemeindevorsteher aufgefordert, sich über den Antrag zu äußern, event. die Räumung des Grabens zu veranlassen. Darauf hat der Beklagte eine Grabenräumung, insbesondere auch innerhalb der Wiesen der Kläger 1 und 2, sowie der östlich davon liegenden Wiese des Klägers 3 angeordnet, bei Weigerung der Kläger, selbst diese Räumung vorzunehmen, dieselbe seinerseits ausführen lassen, und anf seinen Antrag hat der Amtsvorsteher die Kosten dieser Räumung, von jedem der drei Kläger für seine Wiese, einziehen lassen.

Zur Begründung der Klage ist behauptet worden, derjenige Graben, dessen Räumung die Kläger 1 und 2 beim Amtsvorsteher beantragt haben, erstrecke sich nur westwärts von deren Wiesen und diene zur Entwässerung einer in diesen Wiesen belegenen Niederung (See oder Schlenke). Oestlich von diesem „See" befinden sich nur natürliche Niederungen; der vom Beklagten angelegte Graben halte aber auch die krummen Linien dieser Niederungen nicht ein, sondern liege in gerader Linie an anderer Stelle.

Für die so begründete Klage ist der Rechtsweg nicht, wie der Berufungsrichter annimmt, verschlossen.

Der Amtsvorsteher ist zuständig zur Anordnung der Räumung bestehender Entwässerungsgräben (Vorfluthedikt vom 15. November 1811 § 10, Kreisordnung, Redaktion von 1881, § 59). Der Gemeindevorsteher ist sein ausführendes Organ, zu selbständigen polizeilichen Anordnungen ist er nicht berufen. Die Anordnung des Amtsvorstehers kann nach der Richtung ihrer Gesetzmäßigkeit, Noth-

vendigkeit oder Zweckmäßigkeit im ordentlichen Rechtswege nicht an-efochten werden (Gesetz vom 11. Mai 1842 § 1). Die Kläger echten aber auch die Verfügung des Amtsvorstehers nicht an; sie erkennen auch nicht, daß der Gemeindevorsteher gegen eigene Verantwortung gedeckt blieb, wenn er sich innerhalb der Grenzen des Auftrages hielt. Ihre Behauptung geht viehmehr dahin, der Beklagte habe etwas Anderes gethan, als die Verfügung des Amtsvorstehers ihm aufgebe, sei es, daß für die in ihren Wiesen ausgehobene Grabenstrecke ein Räumungsauftrag überhaupt nicht ertheilt worden ei, weil dort ein Graben nicht bestehe, also auch in der Verfügung des Amtsvorstehers nicht als der zu räumende Graben bezeichnet oder gemeint sein könne, sei es, daß der Beklagte innerhalb dieser Wiesen einen anderen, als den dort bestehenden Graben habe ausgeben lassen. Ist das, wie für die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges unterstellt werden muß, thatsächlich richtig, so würde eine außerhalb der Amtsbefugnisse des Beklagten stehende Handlung vorliegen. Wegen einer solchen aber muß auch der Beamte vor den ordentlichen Gerichten Recht nehmen; der im § 11 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze vom 27. Januar 1877 vorgesehene Fall eines Konfliktes zwischen dem Gericht und der Dienstbehörde darüber, ob eine Amtsüberschreitung vorliege, ist nicht in Frage. Erweist die Behauptung, daß die Anordnung des Amtsvorstehers überschritten sei, sich als unrichtig, so ist die Klage gegen den beauftragten Gemeindevorsteher nicht als unzulässig, sondern als unbegründet abzuweisen. — (Es wird weiter ausgeführt, daß eine Zurückweisung der Revision aus sachlichen Gründen bei Lage des Prozesses noch nicht erfolgen könne.)

Nr. 75.

Preuß. Ges. vom. 11. Mai 1842. Ist unter dem im § 2 gedachten speziellen Rechtstitel der Titel für das dem Verletzten zustehende Recht, oder ein spezieller Titel, kraft dessen der Verletzte gegen die erlassene polizeiliche Verfügung geschützt wird, zu verstehen?

(Urtheil des Reichsgerichts (III Civilsenat) vom 29. April 1889 in Sachen K. und Gen., Kläger, wider den Regierungs-Präsidenten zu Aurich, Beklagten. III. 43/89.)

Die Revision der Kläger gegen das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Celle ist zurückgewiesen.

über polizeiliche Verfügungen jeder Art, sie mögen die Gesetzmäßigkeit, Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit betreffen, vor die vorgesetzte Dienstbehörde.

Der Rechtsweg ist in Beziehung auf solche Verfügungen nur dann zuläßig, wenn

1. die Verletzung eines zum Privateigenthum gehörenden Rechts und
2. eine der in den §§ 2—6 des Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegt.

Die Kläger behaupten, eine Verletzung ihres Privateigenthums durch die angefochtene Verfügung des Regierungs-Präsidenten erlitten zu haben; indem ihr Recht, Personen und Sachen über die Ems zu setzen, dadurch gekränkt sei, daß ihnen aufgegeben worden sei, in den bisherigen Tarif für die Benutzung der Fähre unter der Rubrik „Befreiungen" auch „Gensdarmen und Zoll- und Steuerbeamte im Dienst" aufzuführen. Hiernach ist die Verletzung eines Privatrechts genügend behauptet. Dies genügt aber nicht, um den Klägern den Rechtsweg zu eröffnen. Es muß vielmehr außerdem einer derjenigen Ausnahmsfälle vorliegen, welche in den §§ 2—6 des zitirten Gesetzes bezeichnet sind. In dieser Beziehung kann nur der § 2 in Frage kommen, welcher bestimmt:

> Wenn derjenige, welchem durch eine polizeiliche Verfügung eine Verpflichtung auferlegt wird, die Befreiung von derselben auf Grund einer besonderen gesetzlichen Vorschrift oder eines speziellen Rechtstitels behauptet, so ist die richterliche Entscheidung sowohl über das Recht zu dieser Befreiung als auch über dessen Wirkungen zuläßig.

Soll anders der § 2 anwendbar sein, so muß der Kläger in der Lage sein, behaupten zu können, entweder daß kraft einer besonderen gesetzlichen Vorschrift oder kraft eines speziellen Rechtstitels ihm gegenüber eine polizeiliche Verfügung der Art, wie sie im einzelnen Falle in Frage steht, nicht habe erlassen werden dürfen. An einer derartigen Behauptung fehlt es hier. Der Rechtstitel, auf welchen die Kläger sich berufen, ist lediglich der Titel für das Recht, gegen Entgelt Personen über die Ems zu setzen, nicht aber ein spezieller Rechtstitel, kraft dessen sie gegen die vorliegende polizeiliche Verfügung geschützt würden. Wäre unter dem speziellen Rechtstitel

chon der Erwerbstitel für das durch die polizeiliche Verfügung ver-
etzte Recht zu verstehen, so würde der § 2 überhaupt keine Bedeu-
ıng haben, vielmehr der Rechtsweg überall zulässig sein, wo durch
ine polizeiliche Verfügung ein Privatrecht verletzt wird. Daß dies
ıber nicht der Standpunkt des Gesetzes vom 11. Mai 1842 ist, er-
jiebt sich aus dem § 1, nach welchem neben der Verletzung des
Privateigenthums noch ein Weiteres hinzutreten muß, damit der
Rechtsweg zulässig ist, ferner aus dem § 2, nach welchem ein Recht
ıuf Befreiung von der durch die polizeiliche Verfügung auferlegten
Verpflichtung durch eine besondere gesetzliche Vorschrift oder durch
inen speziellen Rechtstitel gegeben sein muß, endlich auch aus dem
§ 4, nach welchem bedingungsweise auch da, wo ein Recht auf Be-
reiung nicht gegeben ist, im Fall des Eingriffs in Privatrechte der
Rechtsweg darüber zugelassen ist, ob ein solcher Eingriff vorliegt
ınd zu welchem Betrage dafür Entschädigung geleistet werden muß.

Das vom Revisionskläger in Bezug genommene Urtheil des
V. Civilsenats des Reichsgerichts (Entscheidungen Bd. 15 S. 138)
teht mit den vorstehenden Ausführungen nicht in Widerspruch, da
s sich damals gerade um die Geltendmachung eines auf § 48 der
Gewerbeordnung gestützten Rechts auf Befreiung von der durch die
polizeiliche Verfügung auferlegten Verpflichtung handelte.

Nr. 76.

**. Erfolgt die Umwandlung lassitischer Rechte in Eigenthum nach dem Ge-
etz vom 2. März 1850 (§ 87) erst durch Ausführung der Regulirung?
2. Wirkung der Regulirung. Umfang der von beiden Theilen durch
dieselbe erworbenen Rechte.**

Verordn. vom 20. Juni 1817 § 170.

Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 27. April 1889 in Sachen der
Robotgärtner S. u. Gen., Beklagter, wider Freiherrn v. E., Kläger. V. 19/89.)

Die Revision der Beklagten wider das Urtheil des preußischen
Oberlandesgerichts zu Breslau ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Streitgegenstand ist ein bisher zur Hütung benutztes Grund-
tück, ein Theil des Katasterabschnitts 1. 33 in der Feldmark Kornitz.
Der Eigenthümer des Ritterguts Kornitz, Freiherr von E., hat auf
Anerkennung seines uneingeschränkten Eigenthums geklagt, die Be-
klagten nahmen widerklagend das Eigenthum, eventuell ein Hütungs-
recht auf dem Grundstücke in Anspruch. Der erste Richter hat das

Eigenthum dem Kläger, den Beklagten das Hütungsrecht zugesprochen, auf die nur vom Kläger eingelegte Berufung ist den Beklagten auch das Hütungsrecht aberkannt worden. Hiergegen haben die Beklagten die Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger berief sich in erster Instanz für sein Eigenthum an dem Streitstücke auf den Erwerb durch Auflassung und Eintragung und gab an, die Behütung habe sein Vater und Vorbesitzer den Beklagten nur bittweise und unter Beschränkung auf seine eigene Besitzzeit gestattet. Die Beklagten behaupteten, schon vor Jahrhunderten habe ein früherer Gutsherr das Streitstück ihren Vorbesitzern als gemeinsame Hütung zu Eigenthum überlassen, sie und ihre Vorbesitzer hätten es seit rechtsverjährter Zeit (vor 1841) zur Hütung frei, offen und ungestört benutzt; bei einem im Jahre 18.. vorgewesenen „Ablösungs- und Auseinandersetzungsverfahren" sei ihnen seitens der Gutsherrschaft unter Zustimmung des leitenden Beamten bedeutet worden, das Streitstück sei von dem Verfahren ausgeschlossen und solle nach wie vor ihr Eigenthum bleiben. Erst auf diese Versicherung hin hätten sie den Rezeß vollzogen.

Der erste Richter hat in der Eigenthumsfrage die im Jahre 18.. erfolgte Auflassung und Eintragung zu Gunsten des Klägers für entscheidend erachtet, und dieser Theil seiner Entscheidung ist rechtskräftig. Zu Gunsten der Beklagten hat er einen vor der Emanation des Gesetzes vom 31. März 1841 vollendeten Verjährungsbesitz des Hütungsrechts für erwiesen angenommen, wobei er stillschweigend davon ausgeht, daß das Eigenthum des Streitstückes auch damals der Gutsherrschaft zustand. Ob die Vorbesitzer der Beklagten vor 1841 rechtlich in der Lage waren, Servituten an den herrschaftlichen Grundstücken zu erwerben, ist nicht zur Erörterung gekommen.

Die Berufung gegen diesen Theil der Entscheidung stützte der Kläger vornehmlich darauf, daß ein Hütungsrecht, welches den Beklagten früher etwa zugestanden haben möchte, durch die Vollziehung des am 7. April 1854 bestätigten Auseinandersetzungsrezesses, welcher ein solches Recht nicht erwähnt, erloschen sei. Die Behauptungen der Beklagten wegen der ihnen vor der Vollziehung dieses Rezesses gegebenen besonderen Zusage erklärte er für unrichtig und unerheblich. Der Berufungsrichter hat diese Vertheidigung des Berufungsklägers für durchgreifend erachtet. Seiner Entscheidung ist im Resultate beizutreten.

Der Gegenstand der durch den erwähnten Rezeß beendeten Auseinandersetzung ergiebt sich aus dem im Thatbestande des Berufungsurtheils mitgetheilten, aus dem Rezesse auf dem Hypothekenfolium des Ritterguts eingetragenen Vermerke. Nach diesem sind durch den Rezeß

die sämmtlichen zwischen der Gutsherrschaft ..... und den .... lassitischen Wirthen bestandenen Leistungen und Gegenleistungen durch Kompensation und gegen ein der Ersteren gezahltes Kapital ......, so wie gegen Verleihung des freien Eigenthums an den von den Letzteren bisher uneigenthümlich besessenen Stellen abgelöst worden.

Der Rezeß betraf also die „Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse behufs der Eigenthumsverleihung" auf Grund des an die Stelle des Edikts vom 14. September 1811 getretenen dritten Abschnitts des Gesetzes vom 2. März 1850. Bis zu dieser Regulirung waren die Robotgärtner nicht Eigenthümer der von ihnen besessenen Stellen: ihr Recht war ein bäuerliches, möglicherweise (§ 74 Absatz 1 a. a. O.) nicht einmal erbliches, Nutzungsrecht an bestimmten, im Eigenthum der Gutsherrschaft stehenden Grundstücken, verbunden mit Nebenleistungen der letzteren und mit Gegenleistungen der Lassiten. Als mit dem Besitze der lassitischen Stellen verbunden stellen die Beklagten selbst ihre Rechte an dem Streitgrundstücke dar, indem sie dieselben, und zwar sowohl das zunächst beanspruchte Eigenthum, als die noch streitige Hütungsgerechtsame, von ihren Vorbesitzern herleiten und in ihrer Eigenschaft als (jetzige) Eigenthümer der Stellen in Anspruch nehmen. Daraus folgt, daß auch die Rechte an dem Streitgrundstücke, so lange das lassitische Rechtsverhältniß bestand, nur einzelne, in diesem Rechtsverhältnisse enthaltene Befugnisse sein konnten. Das lassitische Verhältniß ist nun nicht, wie die Erbpacht, durch die neuere Agrargesetzgebung von selbst in Eigenthum verwandelt worden, so daß man annehmen könnte, die bisher mit den lassitischen Stellen verbundenen beschränkten Nutzungsrechte an Grundstücken der Gutsherrschaften (wie das Hütungsrecht) seien kraft Gesetzes als Servituten zu Gunsten der nunmehr im Eigenthum der Lassiten stehenden Stellen bestehen geblieben, sondern die Auflösung des lassitischen Verhältnisses und damit der Eigenthumserwerb der bäuerlichen Wirthe an den Stellen vollzieht sich erst durch die „Regulirung". Erst mit Ausführung der Regulirung, also auch nur in dem Umfange, welcher durch die Ausführung festgestellt wird, geht

lichen Besitzer über (Gesetz vom 2. März 1850 § 87); über den Jahreswerth alter mit dem Besitz der Stelle verbundener, und nicht in Folge der Regulirung unentgeltlich wegfallender (§ 82) Rechte und Verpflichtungen, darunter auch derjenigen Nutzungsrechte des Gutsherrn und des Lassiten, welche die äußere Gestaltung ablösbarer Servituten haben und deshalb im Gesetze (§ 80 Absatz 4, 5. 5) kurzweg als „Servituten" oder „ablösbare Berechtigungen" bezeichnet werden, wird eine Geldrechnung aufgemacht und der zu Gunsten der Gutsherrschaft sich ergebende Ueberschuß dieser Rechnung wird nach § 64 des Gesetzes, also als Reallast, sei es durch Kapitalzahlung, sei es durch Vermittelung der Rentenbank, abgelöst (§§ 83, 86). Die Einheitlichkeit des lassitischen Rechtsverhältnisses ergiebt, und die erwähnten Vorschriften bestätigen es, daß es nur als Ganzes zum Gegenstande der Regulirung gemacht werden kann. Alle aus demselben hervorgehenden einzelnen Befugnisse der Gutsherrschaft fallen durch die Regulirung hinweg. Der Lassit erhält nur das Eigenthum der Stelle, der Gutsherr nur die Geldabfindung (baar oder i Rentenbriefen). Die einzelnen Befugnisse beider Theile bilden w die Rechnungsfaktoren für die Ermittelung des Umfanges der beid seitigen Abfindungen. Einzelne derartige Befugnisse, die nicht et durch besondere Rezeßbestimmung als unter den veränderten Rech verhältnissen fortbestehend erklärt („vorbehalten") sind, können ne den für das ganze Rechtsverhältniß regulirten Abfindungen n deshalb fortdauern, weil sie bei der Berechnung unbeachtet gebli sind, sie müssen vielmehr, eben weil das ganze Verhältniß, aus sie entsprungen waren, durch die Regulirung aufgehoben wird Wegfall kommen. Die gerade für das Verfahren bei den herrlich-bäuerlichen Regulirungen ursprünglich gegebene Vorschrif § 170 der V.O. vom 20. Juni 1817, welche Vorschrift auch Abänderung der materiellen Regulirungsgrundsätze durch das vom 2. März 1850 in Kraft geblieben ist, bringt diese Wirkun Regulirung noch besonders zum Ausdruck, und diese Vorschr sonach vom Berufungsrichter zutreffend zur Anwendung ge worden.

Auf der gleichen Auffassung der Wirkungen einer gutsh bäuerlichen (Eigenthums-) Regulirung beruht die Entscheidun vormaligen Obertribunals vom 29. März 1859 (Entscheidungen S. 98). Die weiter vom Berufungsrichter angezogenen Entschei

vom 20. Juni 1817, soweit er von „übergangenen Rechten“ spricht, der, ob das übergangene Recht in dem Rechtsverhältnisse, das den Gegenstand der Auseinandersetzung gemacht hat, eingeschlossen war oder nicht, und dieser Gesichtspunkt rechtfertigt die vom Resultate scheinbar abweichenden Entscheidungen (für Gemeinheitstheilungen, nach der Ordnung vom 7. Juni 1821 und deren Ergänzungen: Entscheidungen des Obertribunals Bd. 28 S. 414, Striethorst Archiv Bd. 63 S. 15, Bd. 71 S. 196, Bd. 100 S. 163, für Reallast-Ablösungen nach Abschnitt II des Gesetzes vom 2. März 1850: Entscheidungen des Obertribunals Bd. 49 S. 515, Bd. 51 S. 192, Urtheil des Reichsgerichts vom 10. März 1888 in der Zeitschrift für Landeskulturgesetzgebung Bd. 30 S. 313).

Aus Vorstehendem erledigen sich die besonderen Revisionsbeschwerden, daß der Berufungsrichter das Streitgrundstück zu dem Gegenstande der Auseinandersetzung rechne, obwohl dasselbe oder das Hütungsrecht darauf im Rezesse nicht erwähnt sei, und daß er nicht festgestellt habe, wer bei der Auseinandersetzung als Eigenthümer behandelt worden sei. Im Rezesse bedurfte es aber neben der nach Ausweis des Eintragungsvermerks darin enthaltenen Feststellung, daß das lassitische Verhältniß aufgehoben werde, einer Aufzählung der einzelnen in diesem Verhältniß enthaltenen beiderseitigen Befugnisse überhaupt nicht; die Aufzählung einzelner derselben ohne Erwähnung des jetzt streitigen Hütungsrechts schließt die Absicht der Parteien, das ganze lassitische Verhältniß aufzuheben, nicht aus, mag dieses Hütungsrecht damals nicht beansprucht, oder aus irgend welchem anderen Grunde unerwähnt geblieben sein. Als Eigenthümer, und zwar aller in Betracht kommenden Grundstücke, konnte bei der Auseinandersetzung nur der Gutsherr behandelt werden, da die Lassiten bis dahin kein Eigenthum hatten, und daß auch die Beklagten das Grundstück als ursprünglich zum Gutsbestande gehörig ansehen, folgt daraus, daß sie alle daran beanspruchten Rechte von der Gutsherrschaft ableiten. Der von der Revision vermißten besonderen Feststellung bedurfte es also nicht.

Die Berufung der Beklagten auf eine bei der Rezeßvollziehung ihnen mündlich ertheilte Zusicherung, das jetzige Streitgrundstück solle nach wie vor ihr Eigenthum bleiben, welche auch in zweiter Instanz zur Rechtfertigung ihres Anspruches auf ein Hütungsrecht

als das Geringere Bestand haben müsse, ist vom Berufungsrichter mit Recht verworfen worden. Die Gültigkeit eines neben dem Rezesse bestehenden, dessen Bestimmungen modifizirenden Abkommens, eines Vorbehaltes in Bezug auf Verhältnisse, welche rechtlich von der durch den Rezeß erledigten Regulirung umfaßt werden, ist unvereinbar mit der gesetzlichen Bestimmung des Rezesses, welcher (Verordnung vom 20. Juni 1817 § 159) eine „deutliche und bestimmte Beschreibung des Resultats der Auseinandersetzung in Absicht der Hauptgegenstände und der Nebenpunkte enthalte, alle fort dauernden Befugnisse, die ein Theil auf den Besitzungen des andern etwa behält ..... ganz bestimmt beschreiben muß", so wie mit de Vorschrift (§ 170 daselbst), daß „keiner der Interessenten irgend ein Einschränkung seines Eigenthums weiter, als diejenigen, welche en weder durch allgemeine Gesetze bestimmt oder in dem Rezesse au drücklich vorbehalten sind, zu dulden gehalten ist." Es ist k Dolus, wenn der Kläger auf diese gesetzliche ausschließende Geltu des Rezesses sich beruft.

Nr. 77.

Darf nach der Städte-Ordn. vom 30. Mai 1853 — abgesehen von den drücklich gestatteten Ausnahmen — ein städtischer Beamter auf Kündi angestellt werden? Welche rechtlichen Folgen hat das Zuwiderha gegen dieses Verbot für die vermögensrechtlichen Ansprüche des Bea Gehört ein Steuereinsammler zu den im § 56 St.O. gedachten Bea welche nur zu mechanischen Dienstleistungen bestimmt sind?

(Urtheil des R. G. (IV. Civilsenat) vom 6. Dezember 1888 in Sachen Stadt Elbing, Klägerin, wider D., Beklagten. IV. 222/88.)

Die Revision der Klägerin wider das Urtheil des preuß. landesgerichts zu Marienwerder ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Der Beklagte ist im Jahre 1871 von dem Magist klagenden Gemeinde vorbehaltlich dreimonatlicher Kündigung sammler von Steuern unverheiratheter Gesellen und Dienstb gestellt und es sind ihm später, ebenfalls auf Kündigung, be weise jederzeitigen Widerruf ähnliche Stellen in der städtischen verwaltung übertragen. Im Jahre 1887 ist er nach ein dauernder Dienstunfähigkeit und nach Kündigung seitens des M

ıtlassen. Durch Beschluß des Bezirksausschusses zu Danzig ist die lägerin für verpflichtet erachtet, ihm vom 1. Februar 1887 ab eine ıhrliche Pension von 240 M. zu zahlen.

Die Klägerin hat den Rechtsweg beschritten und beantragt:

unter Aufhebung dieses Beschlusses den Beklagten zu verurtheilen, anzuerkennen, daß ihm aus seiner Thätigkeit als Steuereinsammler ein Anspruch auf Pension nicht zusteht, ihn auch für schuldig zu erachten, die auf Grund des erwähnten Beschlusses an ihn verabfolgten Pensionsbeträge zur Kämmereikasse einzuzahlen.

Mit diesem Klageantrage ist Klägerin durch landgerichtliches Ur-)eil abgewiesen, und ihre gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung t durch das im Tenor bezeichnete Urtheil zurückgewiesen. Gegen das :tztere hat sie noch die Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Die Uebertragung des öffentlichen Amtes geschieht durch die Instellung und diese erfolgt bei städtischen Beamten durch den Magistrat. Die Anstellung eines Beamten kann an sich auf Lebenszeit, aber auch uf Kündigung und selbst auf willkürlichen Widerruf erfolgen. In llen diesen Fällen sind aber die durch die Anstellung dem Beamten ıbertragenen Rechte und Pflichten die gleichen; die Funktionen, welche ıem Beamten durch seine Anstellung verliehen sind (das Amt selbst), verden durch die die Kündigung oder den willkürlichen Widerruf ulassende Klausel der Anstellung nicht berührt.

Nun bestimmt aber § 56 Nr. 6 der Städteordnung vom 30. Mai 1853 (G.S. S. 280), daß die Anstellung der Gemeinde-ıeamten auf Lebenszeit erfolgt. Damit ist die Anstellung auf Kündigung mit klaren Worten untersagt. Aus dem Obigen folgt ıber, daß, wenn diesem Gesetze zuwider eine Anstellung auf Kündigung :rfolgt, die Wirkung derselben, d. h. die Uebertragung der Funktionen)es Amtes dadurch nicht berührt wird, und daß die Anstellung selbst ıicht als ungeschehen behandelt werden kann, daß vielmehr die beigefügte zeitliche Beschränkung nur eine Nebenbestimmung ist; daß nur)iese Nebenbestimmung, weil vom Gesetz untersagt, als unwirksam anzusehen ist. Es würde der öffentlich rechtlichen Natur des Beamten-)erhältnisses widersprechen, wenn man dasselbe in dieser Beziehung :iner privatrechtlichen Dienstmiethe gleich behandeln wollte; es würde)ies auch nicht im Einklange mit dem Zweck des Verbots stehen. Denn dieser ist augenscheinlich, die Gemeindebeamten im Interesse einer

Das Obertribunal (Striethorst Bd. 90 S. 220) hat für einen nach der Städteordnung von 1808 zu beurtheilenden Fall, deren Bestimmungen indessen (in Verbindung mit der Kabinetsordre vom 25. Mai 1828, G.S. von 1829 S. 41) in diesem Punkte mit der Städteordnung von 1853 übereinstimmen, die Frage:

ob eine solche gesetzlich unzulässige Anstellung auf Kündigung von Hause aus nichtig war und dem Beamten also gar keine aus der Anstellung folgenden Rechte gegeben hat? oder ob die Anstellung als eine rechtsgültige anzusehen und nur dem Zusatz, daß dieselbe auf Kündigung erfolgt sei, die rechtliche Wirksamkeit abgesprochen ist?

im Sinne der letzteren Alternative beantwortet und dabei besonders darauf hingewiesen, daß der betreffende Beamte in Folge seiner Anstellung das ihm übertragene Amt verwaltet und somit auch die aus der Amtsführung folgenden Rechte erworben hat; daß auch die Amtsführung eine nicht mehr rückgängig zu machende Thatsache ist. — Diese Ausführung des Obertribunals hat sich auch das Oberverwaltungsgericht in dem vom Berufungsgericht angezogenen Urtheil angeschlosse

Nun macht aber die Städteordnung von 1853 von dem Verb zwei Ausnahmen:

1. „Soweit es sich um vorübergehende Dienstleistungen handel

Der Berufungsrichter geht davon aus, daß dann eine definit Anstellung vorliegt, wenn in den die Anstellung betreffenden handlungen (der Ausschreibung der Stelle, der Einführungs- Verpflichtungs-Verhandlung, der Bestallung u. s. w.) nichts von e zunächst kommissarischen Beschäftigung gesagt, eine probeweise Ue tragung nicht vorbehalten ist; wenn der mit dem Willen des gestellten übereinstimmende Wille der Kommune, denselben zuvör nur versuchsweise zu beschäftigen, keinen entsprechenden Ausdruc funden hat.

Dies drückt in allem Wesentlichen dasjenige aus, was in Nr. 6 der Städteordnung mit den Worten bezeichnet ist:

soweit es sich nicht um vorübergehende Dienstleistungen hand

und es ist auch nicht gesetzverletzend, wenn der Berufungsrichter fe daß die Frage:

ob eine definitive Anstellung vorliegt?

sich darnach bestimmt, ob nach Inhalt der von ihm beispielsweise geführten Vorgänge der beiderseitige auf nur kommissarische Be



zung oder probeweise Uebertragung des Amtes gerichtete Wille erklärt ist? denn nur der ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Wille ist rechtserzeugend. Das Berufungsgericht verneint dies aber für den vorliegenden Fall auf Grund der vorgelegten Urkunden und zieht zur Unterstützung noch die 15½ jährige Dienstzeit des Beklagten heran. Ebenso erörtert es eingehend die vom Kläger für das Gegentheil herangezogenen Nebenumstände, ohne daß dabei eine Gesetzesverletzung erkennbar ist.

2. Als zweite Ausnahme von der Regel werden in § 56 hingestellt:
„Unterbeamte, welche nur zu mechanischen Dienstleistungen bestimmt sind."

Der Richter erster Instanz versteht hierunter solche Dienstleistungen, welche vermöge rein physischer Körperkraft im Gegensatz zu geistiger Thätigkeit ausführbar sind. Der Berufungsrichter läßt zu Gunsten der Revisionsklägerin eine Erweiterung der Definition dahin zu, daß er darunter auch solche Verrichtungen begreift, welche auch ein gewisses geringeres Maß geistiger Thätigkeit erfordern. Dies widerspricht nicht dem Sprachgebrauch, welchem der Gesetzgeber präsumtiv bei seiner Satzung gefolgt ist. Der Berufungsrichter stellt aber thatsächlich fest, daß die Thätigkeit des Beklagten auch in der Vornahme von Zustellungen und Steuerrecherchen, der Führung von Listen, sowie der Aufstellung von Quittungen, Registraturen und kleineren Berichten bestanden hat. Da sich hinsichtlich der Worte: „Aufstellung von Quittungen" eine Differenz der bei den gerichtlichen Akten befindlichen und der den Prozeßvertretern mitgetheilten Urtheilsabschriften ergeben hat, indem die letzteren das Wort: „Ausstellung" haben, auf dieses Wort aber gerade der erste Angriff gestützt wird, da aber das Urtheil auch begründet ist, wenn dieser Angriff für zutreffend erachtet würde, so mag derselbe auf sich beruhen.

Denn wenn auch die Annahme des Berufungsrichters, daß dem Beklagten auch die Ausstellung von Quittungen übertragen sei, thatbestandswidrig wäre, so würde dadurch doch der Entscheidungsgrund des Richters,

daß viele der unstreitigen Dienstleistungen des Beklagten sich als Resultat überwiegend geistiger Thätigkeit darstellen,

nicht hinfällig werden, da alle übrigen dort aufgeführten Thätigkeiten (die Vornahme von Zustellungen und Steuerrecherchen, die Führung von Listen, Registraturen und kleinen Berichten) durch den Angriff nicht berührt werden. Es genügt, um die Annahme des § 56:

daß der Unterbeamte nur zu mechanischen Dienstleistungen be-
stimmt ist,

auszuschließen, die Feststellung, daß er auch zu Dienstleistungen, welche eine überwiegend geistige Thätigkeit erfordern, berufen ist, und dies stellt der Berufungsrichter hinsichtlich jeder einzelnen der von ihm aufgeführten Funktionen des Beklagten fest.

Nr. 80.

Wird die Vermuthung des Art. 274 H.G.B., daß Verträge eines Kaufmanns im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig anzusehen sind, ausgeschlossen, wenn ein Kaufmann offenbar unsichere, zu ihrer Einziehung langdauernde Prozesse erfordernde Hypothekenforderungen unter dem Nennwerth derselben erwirbt?

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 23. Mai 1889 in Sachen S. Klägers, wider die L.'schen Eheleute, Beklagte. IV. 58/89.)

Auf die Revision des Klägers ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Königsberg aufgehoben, und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagten haben eine für sie auf den beiden Grundstücken Nr. 25 und Nr. 36 zu Röschkau eingetragene Kaufgelderforderung von 4900 M. nebst Zinsen an den Kläger verkauft. Die vorliegende Abtretungsurkunde vom 4. November 1884 enthält die Erklärung der Beklagten, daß sie die selbstschuldnerische Bürgschaft für die Sicherheit und für die Richtigkeit der Forderung übernehmen. Die Forderung ist bei dem Zwangsverkaufe der Grundstücke ausgefallen. Die Beklagten werden nunmehr vom Kläger aus der für die Sicherheit der Forderung übernommenen Bürgschaft in Anspruch genommen. Diesem Anspruche, der sich, da die Bürgschaft rechtlich als Uebernahme der Gewähr für die Sicherheit der Forderung aufzufassen ist, als Gewährleistungsanspruch im Sinne des § 427 A.L.R. I. 11 darstellt, haben die Beklagten im zweiten Rechtszuge die Einrede entgegengesetzt, daß der beklagte Ehemann weder schreiben noch Geschriebenes lesen könne. Das Berufungsgericht hat auf Grund der Beweisaufnahme über die fragliche Behauptung den Beweis, daß der beklagte Ehemann nur seinen Namen schreiben, sonst aber weder schreiben noch Geschriebenes lesen könne, für erbracht angesehen. Diese Feststellung, in welcher die Verletzung einer Rechtsnorm nicht erkannt werden kann, ist für das Revisionsgericht bindend. Auf

und der Feststellung und unter Verwerfung der vom Kläger be-
's Aufrechthaltung der Klage aufgestellten Behauptung, daß das
liegende Rechtsgeschäft als Handelsgeschäft auch ohne Beobachtung
vorgeschriebenen Form rechtsverbindlich sei, hat das Berufungs-
icht auf Abweisung der Klage erkannt.

Der Kläger hat dieser Entscheidung gegenüber im gegenwärtigen
htszuge geltend zu machen gesucht, daß die Klagabweisung schon
um nicht habe ausgesprochen werden dürfen, weil von der mit-
agten Ehefrau die streitige Verbindlichkeit in formell rechtsver-
dlicher Weise übernommen worden sei. Dieser Angriff aber geht
.. Die beklagte Ehefrau hat sich durch diese Unterschrift der
unde vom 4. November 1884 ohne Genehmigung ihres Ehe-
nnes für ihre Person nicht verpflichten können. Noch weniger ist
in der rechtlichen Lage gewesen, durch Vollziehung der Urkunde
ihren Ehemann die streitige Verpflichtung zu übernehmen. Rück-
tlich des Ehemannes liegt aber, wenn von der Behauptung, daß
Handelsgeschäft in Frage stehe, abgesehen wird, eine rechtsver-
dliche Erklärung nicht vor.

Die Verletzung einer Rechtsnorm muß aber in der Würdigung
unden werden, welche im Berufungsurtheil der Behauptung des
igers, daß ein Handelsgeschäft vorliege, zu Theil geworden ist.
s Berufungsgericht ist bei Prüfung der Frage, ob der dem Klag-
pruche zum Grunde liegende Vertrag unter den Begriff eines
ndelsgeschäftes zu bringen und deshalb auch ohne schriftlichen Ab-
uß verbindlich und klagbar sei, zu dem Ergebnisse gelangt, daß,
h wenn der Kläger zur Zeit des Abschlusses des Geschäftes Kauf-
nn gewesen sein möchte, doch die Bestimmung im Art. 274 Abs. 1
.R., nach welcher die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge
Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig zu gelten
en, der Klage nicht zur Seite stehe. Das Gericht erwägt, es
dle sich um den Erwerb einer offenbar unsicheren und zu ihrer
ziehung langdauernder Prozesse und Zwangsvollstreckungsmaß-
eln bedürfender Hypothekenforderung seitens des Klägers und
die Uebernahme selbstschuldnerischer Gewähr seitens der Be-
gten, einer Gewähr, deren Verwirklichung bei der zweifellos dem
iger bekannten, nicht günstigen Vermögenslage der Beklagten
ndestens weitaussehend gewesen sei. Ein solches Geschäft könne
ein dem regel- und ordnungsmäßigen Betriebe des Handels-
verbes entsprechendes nicht angesehen werden. Dem Handels-

haften Forderungen nicht, wenn auch das Geschäft im günstigen Falle
großen Gewinn in Aussicht stelle.

Dieser Entscheidungsgrund ist rechtsirrthümlich. Nach Art. 274 Abs. 1 des H.G.B. sind die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge im Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig anzusehen. Es spricht also die Vermuthung für die Zugehörigkeit der fraglichen Verträge zum Handelsgewerbe. Diese Vermuthung ergreift alle Verträge eines Kaufmanns, die ihrer Natur nach Handelsgeschäfte und darum zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig sein können. Diese Möglichkeit soll als Wirklichkeit gelten, wenn die Wirklichkeit zweifelhaft ist. Die Vermuthung ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn ein Vertrag vorliegt, wie er im Betriebe des Handelsgewerbes ungewöhnlich ist und nur vereinzelt vorkommt. Sie wird vielmehr erst beseitigt, wenn sich zweifellos ergiebt, daß der Vertrag seiner Natur oder seinem Gegenstande nach kein Handelsgeschäft ist oder nicht zum Handelsgewerbe gehört.

Zu vergleichen von Hahn, Kommentar § 2 zu Art. 274 H.G.B., Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 1 S. 670 (2. Aufl.), Anschütz und von Völderndorff, Bd. 3 zu Art. 274 Abs. 1, Thöl, Handelsr Bd. 1 § 40 S. 147 f., Endemann, Handbuch des Handelsr Bd. 1 S. 86, R.O.H.G. Entsch. Bd. 4 S. 50 ff.

Wird die vorliegende Frage nach den angegebenen Rechtsgr sätzen geprüft, so erweist sich die Annahme als unhaltbar, daß der rechtlichen Natur und der wirthschaftlichen Bedeutung d Rede stehenden Forderungskaufes, so wie aus dem Wesen des Ha gewerbes von vornherein zu entnehmen sei, daß der Vertrag zum Handelsgewerbe gehöre. Eine Nöthigung zu dieser An ist weder in dem Vertrage noch im Handelsgewerbe zu er Es kann auch keinen Unterschied machen, ob der Kläger die rung erworben hat, um sie wieder zu verkaufen oder um zuziehen. Ist die Forderung unsicher und, — wie seitens klagten behauptet ist, — für einen hinter dem Nennwert unerheblich zurückbleibenden Preis erworben worden, so lieg weniger Grund vor, den Zweifel, bei dessen Vorhandensein trag als zum Handelsgewerbe gehörig angesehen werden soll, seitigt zu erachten. Ist es doch eine offenkundige Thatsache, gewisse Art von Kaufleuten grade den Erwerb und die Ei und Beitreibung oder die Weiterveräußerung zweifelhafte

gen gewerbsmäßig zu betreiben pflegt. Es stehen hier allerdings rten, vielleicht Ausartungen des Handelsgewerbes in Frage. Aber es ist anerkannt, daß nicht einmal der Umstand, daß ein trag gegen ein Verbotsgesetz verstößt, ihn aus dem Bereiche der gehörigkeit zum Betriebe des Handelsgewerbes nothwendig aus- ießt. Um so weniger kann im vorliegenden Falle die Vermuthung Art. 274 mit Grund als beseitigt gelten. Läßt sich aber der dem Art. 274 hergenommene Entscheidungsgrund nicht aufrecht ten, so wird bei der erforderlich werdenden Aufhebung des Be- ungsurtheiles und der in Folge dessen auszusprechenden Zurück- weisung der Sache an das Berufungsgericht das letztere auch mit Erörterung der Frage nach der Kaufmannseigenschaft des Klägers ßt sein müssen.

Nr. 81.

Auslegung des Art. 356 H.G.B. (Frist zur Nachlieferung).

In Sachen G. u. Gen., Beklagter, wider sächs. Kammgarn- nerei, Klägerin, hat das Reichsgericht (I. Civilsenat) in dem Urtheil n 16. Januar 1889 (I. 317/88) über die Bedeutung des Art. 356 H.B. Folgendes ausgesprochen:

Art. 356 H.G.B. hat nicht den Zweck, die Erfüllungszeit ab- ndern. Der Käufer kann den S c h a d e n, welchen ihm die kürzeste erschreitung der Lieferzeit verursacht, gegen den Verkäufer geltend chen. Der Artikel wahrt nur den Verkäufer davor, daß der ufer das Recht, vom Vertrag abzugehen, beziehungsweise sich zu ken, in unzulässiger Weise geltend mache. Gegenüber derartigen lärungen des Käufers kann der Verkäufer verlangen, während er kurzen Frist zur Nachlieferung zugelassen zu werden. Der Ver- fer muß aber dieses Recht geltend machen. Unterläßt er dies, so der Käufer berechtigt, die Folgen aus seiner dem Verkäufer ge- enen Erklärung zu ziehen; er kann also namentlich sich decken, wenn er dies gethan, die Annahme der nachträglichen Erfüllung ehnen. Einer Auseinandersetzung der Gründe, warum er nicht htzeitig erfüllt habe, seitens des Verkäufers bedarf es dabei aber Wahrung des Rechts auf Nachlieferung nicht. Es ist nicht rekt, wenn in den Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts . 8 Nr. 30 S. 126 dies verlangt wird. Auch eine ausdrückliche stimmung der Dauer der geforderten Frist ist nicht erforderlich. hat vielmehr, wenn, nachdem das Verlangen gestellt war, die

der Erfüllung innerhalb einer angemessenen Frist erfolgt sei.
Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 23 Nr. 11 S. 40, Entsch. d. R.G. in Civilsachen Bd. 7 Nr. 27 S. 79.

Nr. 82.

H.G.B. Art. 374. Begriff des Kommissionsguts. Gehören zu demselben auch die zum Transport (von Spiritus) verwendeten Bassinwagen?

(Urtheil des Reichsgerichts (I. Civilsenat) vom 20. Februar 1889 in Sachen der Firma Wilhelm P., Klägerin, wider die G.'sche Konk.Masse u. Gen., Beklagte. I. 351/88.)

Die Revision der Klägerin wider das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Breslau ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Die Beklagte machte Geschäfte in Sprit nach Nordhausen. Bei diesem Geschäftsverkehr stand die Klägerin in Nordhausen in der Mitte, ob als Kommissionär oder als Agent, ist streitig. In dem über das Vermögen der Beklagten eröffneten Konkurs machte die Klägerin eine Forderung geltend, welche in Höhe von 15605,24 M. anerkannt wurde. Dagegen wurde das von der Klägerin behauptete Pfandrecht an vier in ihrem Gewahrsam befindlichen Bassinwage[n] (Reservoirs) nicht anerkannt. Dieses Pfandrecht, beziehentlich e[in] Retentionsrecht, wird in der vorliegenden Klage geltend gemac[ht] indem beantragt wird,

„die Klägerin für berechtigt zu erklären, wegen der im Kon[kurse] der Gebrüder G. angemeldeten und festgestellten Forderung [von] 15885,80 M. nebst Zinsen aus den drei Bassinwagen No. . . sich abgesonderte Befriedigung zu verschaffen."

Der beklagte Konkursverwalter bestritt

1. die Eigenschaft der Klägerin als Kommissionär oder mindes[tens]
2. daß die mit 15605,24 M. anerkannte Forderung aus [Kom]missionsgeschäften entstanden sei. Dieselbe rühre theils au[s im] Namen der Beklagten geschlossenen, theils mit dieser geschlo[ssenen] Käufen her.
3. Die drei Bassinwagen seien kein Kommissionsgu[t] ihnen sei kein Pfandrecht entstanden, sie hätten nur zum Tra[nsport] des Kommissionsguts an die Klägerin gedient.
4. An diesen Wagen sei auch kein Retentionsrecht begr[ündet]

... Eigenthum ... der sie geliefert und sich da...

Daraufhin wird die Abweisu... widerklagend die Herausgabe der ... Benutzung derselben eine angemessene Le...

Die Fabrikantin der Bassinwage... schaft für Eisenbahnwagenbau, welcher ... kündet hatte, trat als Intervenient...

Nach erhobenem Beweis wurde vo...

1. die Klage abgewiesen und

2. die Klägerin auf die Widerklage ... der Bassinwagen und Zahlung einer in ... zustellenden Leihgebühr.

Auf die Berufung der Klägerin wur... folgter Beweiserhebung nur soweit abgeänd... Erhebung einer Leihgebühr abgewiesen wur...

Gegen das Berufungsurtheil hat die Kl...

Entscheidungsgründ...

Die von der Klägerin im Konkurs G. ... ist anerkannt. Die Klägerin behauptet, diese ... Kommissionsgeschäften her, es liege also die ... welcher Art. 374 H.G.B. dem Kommissionär ... Kommissionsgut gewähre, vor, und hat dafür ... Beide Vorderrichter haben diesen Beweis nicht e... mehr die Richtigkeit der Behauptung des Klägers ... das beanspruchte Pfandrecht schon aus dem Grun... sein würde, weil die drei Bassinwagen kein Komm...

Bei Erörterung dieses Arguments ist die Frag... thum der Bassinwagen (welche für das Retentionsrec... wird) gleichgültig, weil nach Art. 306 Absatz 2, ... fides des Pfandnehmers für Begründung des Pfan... Hier handelt es sich nur um den Umfang des ... missionsgut."

Der preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuchs g... dem Kommissionär das Pfandrecht „an dem ihm anve... (von ihm) besorgten Gut." Das Wort „anvertraut" ... Motiven gebraucht, um die Beschränkung auf die G... meiden, zu deren Verkauf bereits definitiver Auftr...

„an dem ihm anvertrauten oder von ihm angekauften Gut" (wie im
Entwurf erster Lesung der Satz gefaßt worden war) „für zu eng
hielt", beschlossen, statt dessen: „an dem Kommissionsgut" zu setzen
(Nürnberger Protokolle S. 1208).

In der Doktrin und Rechtsprechung ist man darüber einig, daß unter Kommissionsgut alles dasjenige begriffen wird, was der Kommissionär als Gegenstand des kommittirten Geschäfts erhalten hat, bei der Verkaufskommission also, was ihm der Kommittent zum Zweck des Verkaufs zugesandt hat, bei der Einkaufskommission, was er vom dritten Verkäufer für Rechnung des Kommittenten gekauft hat, und daß es gleichgültig ist, ob der Kommissionär betreffs dieser Gegenstände noch besondere Aufträge zur Disposition, Rückgabe 2c. erhalten beziehentlich ob er gemäß derselben gehandelt hat.

Vergleiche Laband, in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. IX S. 438; Grünhut, das Recht des Kommissionshandels § 33 S. 295 Note 1; Derselbe in Endemann's Handbuch des Handelsrechts Bd. 3 § 31 S. 218; Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. Nr. 118 S. 424; Bd. 20 Nr. 26 S. 90; Entscheidungen d Reichsgerichts Bd. 3 Nr. 44 S. 153.

Das zuletzt erwähnte Moment wurde bei den Berathungen Gesetzes wiederholt besprochen, seine ausschließliche Berücksichtig mag wohl aber auch zu Definitionen des Begriffs Kommission geführt haben, welche nach anderen Richtungen hin leicht den wurf zu weiter Fassung verdienen durften. Die Frage, wie es mit der Verpackung beziehentlich mit den zum Transport der kauften Waare dienenden Gegenständen verhalte, findet sich nic örtert. Im vorliegenden Fall kann aber von einer erschöpf Untersuchung dieser Frage abgesehen werden und dahin gestellt bl ob dieselbe überhaupt in einem Satz zu entscheiden ist; denn Besonderheit des Falls giebt für die konkrete Entscheidung Anhalt.

Es mag angenommen werden können, daß die Gebin welchen der verkaufte Spiritus dem dritten Käufer, der g Spiritus vom dritten Verkäufer dem Kommittenten zugeführt soll, dem Kommissionär, durch dessen Hände sie gehen, gegenü Zubehör des Kommissionsguts und darum selbst als Kommissi anzusehen sind. Allein hier liegt ein anderes Rechtsverhältn Die Bassinwagen sind, „wie seitens der Klägerin unbestritten

worden ist", nur zum Transport des Spiritus an den Kommissionär bestimmt. Dieser hatte den Spiritus abzulassen und auf Fässer gefüllt dem dritten Käufer zu übermachen. Diese Fässer mögen, sobald sie, wie dies in concreto der Fall war, vom Kommittenten gestellt sind, als in dieser Beziehung zum Kommissionsgut gehörig angesehen werden, für die fraglichen Bassinwagen kann dies wegen der angegebenen besonderen Funktion derselben nicht angenommen werden. In weiterem Verfolg der entgegengesetzten Auffassung würde man auch das Fuhrwerk und die Pferde des Kommittenten, welche das Kommissionsgut zum Kommissionär bringen, als Kommissionsgut behandeln müssen.

Auch der Umstand, daß die Firma Gebrüder G. die Klägerin, wie diese behauptet, ersucht habe, die Wagen noch einige Zeit bei sich zu behalten, kann an sich zur Begründung der Eigenschaft der Wagen als Kommissionsgut nicht verwendet werden. Es würde nur angenommen werden können, daß, wenn die Wagen Kommissionsgut waren, eine solche Weisung ihnen diese Eigenschaft nicht entzogen haben würde.

Der Berufungsrichter hat sonach ohne Rechtsirrthum angenommen, daß die fraglichen Bassinwagen nicht unter den Begriff „Kommissionsgut" fallen, und daß darum die Klägerin kein Pfandrecht an denselben beanspruchen kann. — (Die weiteren Gründe interessiren nicht.)

Nr. 83.

Verliert eine (neuere) Gewerkschaft durch Vereinigung sämmtlicher Kuxe in einer Hand die Eigenschaft einer juristischen Person?

Allg. Bergges. vom 24. Juni 1865 §§ 94, 100.

Finden die Vorschriften des A.L.R. II. 6 § 177 über die Aufhebung von Korporationen auf Gewerkschaften Anwendung?

(Urtheil des Reichsgerichts (I. Civilsenat) vom 28. November 1888 in Sachen W., Beklagten, wider L., Kläger. I. 258/88.)

Auf die Revision des Beklagten ist das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Breslau aufgehoben, und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Thatbestand:

Kläger fordert Zahlung von 14608,74 Mk. nebst 6 pCt. Zinsen für Kohlenlieferungen, die der Beklagte aus der konsolidirten Wenceslaus- und Ferdinandsgrube bei Neurode erhalten hat. Beklagter

Verurtheilung des Klägers:

a) anzuerkennen, daß der zwischen dem Beklagten und dem Bergrath v. F. P. als Repräsentant der Wenceslausgrube geschlossene Vertrag vom 29. November 1883 auch dem Kläger gegenüber rechtsverbindlich ist;

b) die Kohlenlieferungen an Beklagten auf Grund dieses Vertrages wieder aufzunehmen;

c) dem Beklagten über die von der Verwaltung der Wenceslausgrube seit dem 11. Dezember 1883 in Deutschland abgeschlossenen direkten Kohlenlieferungen an Andere als den Beklagten, beziehungsweise über die für diese Verkäufe dem Beklagten zustehende Vergütung Rechnung zu legen und ihm zur Prüfung derselben die Einsicht ihrer sämmtlichen hierauf bezüglichen Geschäftsbücher, Papiere und Rechnungen auf der Wenceslausgrube zu gestatten.

Seitens des Klägers ist Abweisung der Widerklage erbeten. — In erster Instanz hat ein vorbereitendes Verfahren stattgefunden. In demselben haben sich die Parteien dahin einig erklärt, daß Beklagter die eingeklagten Kohlen- und Koakslieferungen von der Verwaltung der konsolidirten Wenceslaus- und Ferdinandsgrube käuflic erhalten hat und daß, falls der von v. F. P. mit dem Beklagte geschlossene Vertrag vom 29. November 1883 für Kläger und B klagten nicht verbindlich sein sollte, Beklagter den Betrag der Klag forderung schuldig geworden ist, daß dagegen, falls gedachter V trag für beide Theile verbindlich ist, die Kaufgeldschuld des Beklagt nur 12288,38 Mk. beträgt. Auch hat Beklagter für letzteren F Gegenforderungen erhoben.

Nach stattgehabter Beweisaufnahme hat das Landgericht Schweidnitz den Beklagten dem Klageantrag entsprechend verurth und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten ge dieses Erkenntniß ist durch das oben bezeichnete Urtheil des O landesgerichts zu Breslau verworfen worden. Gegen letzteres Beklagter Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Kläger berechnet die Preise für die eingeklagten Kohlen rungen auf Grund eines Vertrages vom 14./15. Februar 1883, der Beklagte mit der damaligen Verwaltung der konsolidirten We

in Gemäßheit dieses Vertrages von der Grubenverwaltun
Preisfestsetzungen. Bei Abschluß des gedachten Vertrages
konsolidirte Wenceslaus- und Ferdinandsgrube unstreitig
thume von zwei Gewerkschaften, deren Repräsentant der Berg
v. F. P. war. Kläger behauptet, daß er bis zum 23.
sämmtliche Kuxe beider Gewerkschaften erworben habe, un
hiernach für befugt, die Rechte aus obigem Vertrage
machen, dagegen die Verbindlichkeit des am 29. Noven
zwischen dem Beklagten und „der Gewerkschaft des Stein
werks konsolidirte Wenceslaus, vertreten durch deren Repr
den Bergrath v. F. P." geschlossenen Uebereinkommens
da durch die Vereinigung sämmtlicher Kuxe in seiner Han
lösung der Gewerkschaft herbeigeführt und damit die V
befugnisse des Repräsentanten erloschen seien.

Die Instanzrichter haben die Behauptung des Klägers
des Eigenthumserwerbes der Kuxe für erwiesen erachtet u
an, daß unmittelbare rechtliche Folge dieser Thatsache die
der Gewerkschaft und die Beendigung der Repräsentanten
v. F. P. gewesen sei. Die im Laufe der Verhandlungen
klagten aufgestellte Behauptung, daß Kläger den v. F. P.
schluß des Vertrages vom 29. November 1883 beauftr
erachten sie durch das Zeugniß desselben für widerlegt.
weiteren Begründung weichen die Instanzurtheile von ein
Nach der Ansicht des ersten Richters würde in analoger A
von A.L.R. I. 13 § 200 Kläger den Vertrag vom 29.
1883 gegen sich gelten lassen müssen, wenn der Beklagte
des Abschlusses von dem Erlöschen der Gewerkschaft oder
werb des Eigenthums sämmtlicher Kuxe seitens des Kl
keine Kenntniß gehabt haben sollte. Der Beweis der
habe dem Beklagten obgelegen, sei aber von ihm nic
worden.

Der Berufungsrichter geht dagegen davon aus, daß be
des Vertrages vom 29. November 1883 sowohl Bekl
v. F. P. der Meinung gewesen seien, daß die Gewerks
existire. Beklagter habe demnach nicht mit dem Kläger, so
einem von diesem verschiedenen Rechtssubjekt, nämlich der
Person der Gewerkschaft, kontrahiren wollen und ebenso hat
den Willen gehabt, nicht den Kläger, sondern die Gewe

ob Beklagter bei Abschluß des fraglichen Vertrages vom Aufhören der Vertretungsbefugniß des v. F. P. Kenntniß gehabt habe oder nicht. In Frage könne nur kommen, ob Beklagter durch das Verhalten des Klägers zu der Annahme, daß die Gewerkschaft noch bestehe, und zum Vertragsschluß mit v. F. P. als Repräsentanten derselben verleitet worden sei und ob er auf Grund dieses Verhaltens vom Kläger Schadensersatz wegen der Unwirksamkeit des Vertrages fordern könne. Eine Schadensersatzforderung aber habe Beklagter nicht geltend gemacht, und es liege auch kein Grund zu der Annahme vor, daß Kläger, der vielleicht ebenso wie Beklagter und v. F. P. der „nicht unvertretenen Ansicht“, daß trotz der Vereinigung sämmtlicher Kuxe in einer Hand die Gewerkschaft fortbestehe, also in bona fide gewesen sei, arglistig gehandelt habe.

Der Revisionskläger beschwert sich zunächst darüber, daß die Instanzrichter die Behauptung des Klägers, daß er bis zum 23. Juni 1883 sämmtliche Kuxe der beiden in Betracht kommenden Gewerkschaften erworben, zu Unrecht für erwiesen erachtet haben. Diese Beschwerde ist nicht gerechtfertigt. Die thatsächliche Feststellung der Instanzurtheile ist durch die Bezugnahme auf die Gewerkenbücher sowie auf den Vertrag vom 23. Juni 1883, durch welchen v. F. P. die ihm damals noch gehörigen Kuxe an den Kläger abgetreten hat begründet. Durch den Umstand, daß ein Theil der an diesem Tag veräußerten Kuxe einem Dritten verpfändet war, und daher dem Kläger nicht die sämmtlichen Kuxscheine ausgehändigt werden konnte wurde, wie in dem erstinstanzlichen Urtheil völlig zutreffend ausg führt ist, der Eigenthumsübergang auf den Kläger nicht gehinde Ebenso ist es zu billigen, daß die Instanzrichter gegenüber den v liegenden Urkunden auf angebliche Aeußerungen des Klägers u anderer Personen, aus denen sich der Behauptung des Beklag zufolge ergeben soll, daß v. F. P. noch nach dem 23. Juni 18 Eigenthümer mehrerer Kuxe gewesen sei, kein Gewicht gelegt hal

Begründet ist dagegen die Beschwerde der Revision, daß Instanzurtheile in Bezug auf die Folgen der Vereinigung sämmtli Kuxe in einer Hand von einer rechtsirrthümlichen Auffass ausgehen.

Die Gewerkschaften, um die es sich im vorliegenden Falle delt, waren sogenannte neuere, d. h. auf der Grundlage des A

esetzes vom 24. Juni 1865 errichtete Gewerkschaften. Daß diesen Gewerkschaften, ebenso wie den Aktiengesellschaften und eingetragenen Genossenschaften die Eigenschaft einer juristischen Person zukommt, st in der Doktrin und Rechtsprechung anerkannt, wird auch von den Instanzrichtern angenommen. Das Berggesetz enthält keine Bestimmungen über die Auflösung der Gewerkschaften und über die Folgen der Auflösung, die den Vorschriften über die Auflösung und Liquidation der Aktiengesellschaften und Genossenschaften an die Seite zu tellen wären; die hierher gehörigen Fragen sind daher, insoweit sich nicht etwa aus dem Wesen der Gewerkschaft Modifikationen ergeben, nach den für juristische Personen geltenden allgemeinen Grundsätzen u entscheiden. Die Frage, ob durch die Vereinigung sämmtlicher Kuxe in einer Hand die Gewerkschaft aufgelöst wird, ist in der Praxis wie in theoretischen Erörterungen verschieden beantwortet worden; unter Anderem hat das Oberlandesgericht zu Breslau selbst n einem früheren Beschluß eine seiner jetzigen entgegengesetzte Ansicht vertreten (Zeitschrift für Bergrecht, Bd. 26 S. 109).

Eine unmittelbare Beantwortung dieser Frage läßt sich, wie bereits angedeutet, aus dem Berggesetz nicht entnehmen. Weder gewährt die Bestimmung des § 94, wonach zwei oder mehrere Mitbetheiligte eines Bergwerks eine Gewerkschaft bilden, ein Argument für die Bejahung derselben; denn diese Bestimmung spricht zunächst nur von der Entstehung der Gewerkschaft und es ist eine petitio principii, wenn man hieraus den Schluß zieht, daß auch zu ihrem Fortbestand eine Personenmehrheit erforderlich sei. Noch wird andererseits durch die Vorschrift des § 100 a. a. O., daß das Ausscheiden einzelner Mitglieder keine Auflösung der Gewerkschaft herbeiführt, eine verneinende Entscheidung gegeben, denn auch hier bleibt die Frage offen, ob die Gewerkschaft mit einem einzigen Mitgliede existiren kann.

Für juristische Personen, deren Grundlage eine Personenmehrheit bildet, (die sogenannten universitates personarum) bringen bekanntlich die Quellen des römischen Rechts das Prinzip der L. 85 § 1 D. de R. J. (50. 17) zur Anwendung, daß die Erfordernisse für die Entstehung eines Rechtsverhältnisses nicht unbedingt auch als Erfordernisse des Fortbestandes zu betrachten sind, und leiten hieraus ab, daß die universitas durch die Herabminderung des Personenbestandes bis auf ein Mitglied nicht ohne Weiteres aufgelöst wird; L. 7 § 2 D. quod cujuscunq. univ. (3. 4). Dieser Grundsatz hat auch im preußischen Recht Aufnahme gefunden, A.L.R. II. 6 §§ 177 f. Die

die als Korporationen im Sinne des A.L.R. zu betrachten sind, d. h. „auf die vom Staate genehmigten Gesellschaften, die sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zwecke verbunden haben." Eine derartige Gesellschaft ist die Gewerkschaft nicht. Indeß ist die Anwendbarkeit der vorgedachten Bestimmungen nicht auf Korporationen im engeren Sinne zu beschränken. Die mannigfachen Vereinsbildungen der neueren Zeit, bei denen das Vorhandensein einer Rechtspersönlichkeit nicht auf besonderer staatlicher Verleihung beruht, sondern aus dem Gesammtinhalt der die betreffende Vereinigung regelnden gesetzlichen Vorschriften konstruktiv erschlossen wird, waren bei Abfassung des preußischen Gesetzbuches noch unbekannt und sind daher im sechsten Titel des zweiten Theiles nicht berücksichtigt. Auf diese Vereinigungen sind jedoch die §§ 25—202 daselbst insoweit anzuwenden, als die Bestimmungen derselben nicht auf das Verhältniß der Korporation zur Staatsgewalt Bezug haben, sondern ein Ergebniß des Rechtsgedankens sind, daß die universitas als solche, d. h. als Einheit in die Erscheinung tritt und Träger rechtlicher Beziehungen wird.

Die hier in Rede stehenden Bestimmungen gehören zu den Rechtssätzen der letzteren Art. Die Möglichkeit, daß die juristische Person erhalten bleibt, obwohl nur ein Mitglied vorhanden ist, ergiebt sich nicht bloß bei den vom Staate genehmigten Gesellschaften. Die Anwendung dieser Bestimmungen auf die Gewerkschaft würde daher nur dann zu verneinen sein, wenn das Wesen der Gewerkschaft einer solchen Anwendung entgegenstände. Dies ist nicht der Fall, vielmehr ist der Umstand, daß die Vereinigung sämmtlicher Kuxe in einer Hand eine äußerlich nicht hervortretende Thatsache ist, die jeden Augenblick wieder beseitigt werden kann, geeignet, jene Bestimmung gerade hier als besonders praktisch und dem Verkehrsbedürfniß entsprechend erscheinen zu lassen. So lange die Vereinigung dauert, kann zwar von einer Gewerkenversammlung nicht die Rede sein, wohl aber können von dem allein vorhandenen Gewerken mit Wirkung für die Gewerkschaft Beschlüsse gefaßt werden; ebenso ist eine Vertretung der Gewerkschaft durch den Repräsentanten, den Grubenvorstand oder sonstige Bevollmächtigte möglich. Die Auflösung der Gewerkschaft wird demnach nicht schon in Folge jener Thatsache, sondern erst dann anzunehmen sein, wenn der Alleineigenthümer der Kuxe einen bestimmten

ıuf die Auflösung gerichteten Willen in äußerlich erkennbarer Weise undgegeben hat.

Im vorliegenden Fall ist nichts dafür beigebracht, daß am !9. November 1883 oder bis zu diesem Zeitpunkt eine derartige Billenskundgebung des Klägers erfolgt war. Im Grundbuch waren is zum 10. Mai 1884 Gewerkschaften als Eigenthümer der be- reffenden Grube eingetragen. Der Berufungsrichter hält es nach !age der Sache sogar für möglich, daß im November 1883 nicht ıur der Beklagte und v. F. P., sondern der Kläger selbst die Ge- ʼerkschaften als noch fortbestehend betrachtet haben.

Ist hiernach anzunehmen, daß die Gewerkschaften der konsoli- irten Wenceslaus- und Ferdinandsgrube bei Abschluß des Vertrags om 29. November 1883 nicht aufgelöst waren, so muß Kläger, der ls Sukzessor der Gewerkschaften auftritt, den Inhalt dieses Ver- rages gegen sich gelten lassen, sofern v. F. P. zur Eingehung esselben ermächtigt war. Diese Ermächtigung folgt an sich aus der lepräsentantenstellung des v. F. P.; sie ist wegfällig geworden, ıenn, wie Kläger behauptet, v. F. P. zu jener Zeit aus der Stellung als Repräsentant entlassen und Beklagter hiervon in Lenntniß gesetzt war.

Nach dieser Richtung bedürfen die Anführungen der Parteien ner erneuten Prüfung. Ebenso ist eventuell eine Würdigung der er Widerklage zu Grunde liegenden Behauptungen erforderlich.

Nr. 84.

Unzulässigkeit der Zuführung von Wasser, durch welches das Nachbargrundstück geschädigt wird, beim Betriebe des Bergbaues.

Bleibt eine Gewerkschaft auch nach Veräußerung des Bergwerks eine durch Prozeß zu belangende Person?

Der Plenarbeschluß des Reichsgerichts (Entsch. Bd. 21, S. 382) über die nzulässigkeit von Schadensklagen bei Vorbehalt der Festsetzung des etrages des Schadens bezieht sich nur auf prinzipale Schadensersatzklagen.

ɪrtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 3. April 1889 in Sachen der Zeche Wilhelmine Victoria u. Gen., Beklagter, wider L., Kläger. V. 39/89.)

Die Revision der Beklagten wider das Urtheil des preuß. berlandesgerichts zu Hamm ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Der erste Richter hat die beklagte Gewerkschaft der Zeche ʼilhelmine Victoria verurtheilt:

stehenden Wassers über die Grundstücke des Klägers Nr. 87, 84 und 190/85 Flur I der Gemeinde Heßler, insbesondere auch in den auf und zwischen diesen Parzellen liegenden Flößgraben bei Vermeidung von 100 M. Strafe für jeden Kontraventionsfall zu enthalten;

2. dem Kläger allen in separato zu ermittelnden Schaden zu ersetzen, welcher demselben durch die Senkung der Parzellen Flur I Nr. 84, 88, 89, 95, 97 und 98 der Gemeinde Heßler entstanden ist und ferner entstehen wird;

3. dem Kläger allen in separato zu ermittelnden Schaden zu ersetzen, welcher den vorstehend zu 2 bezeichneten Grundstücken durch die zu 1 erwähnte Zuleitung seit dem 26. Juni 1884 entstanden ist und fernerhin entstehen wird.

Gegen diese Entscheidung hat die genannte Beklagte Berufung eingelegt mit dem Antrage, abändernd die Klage abzuweisen.

Im Laufe des Prozesses hatte sie ihr Bergwerk an die Bergwerks-Aktien-Gesellschaft Hibernia veräußert, und ist diese ohne Widerspruch des Klägers in Bezug auf den Klageantrag zu 1 in Stelle der bisherigen Beklagten in den Prozeß eingetreten und hat sich dem Berufungsantrage derselben angeschlossen.

Die Berufung wurde zurückgewiesen.

Der Berufungsrichter stellt auf Grund der erfolgten Beweisaufnahme thatsächlich fest, daß die vom Kläger gerügte Zuleitung stattgefunden habe und die Grundstücke des Klägers beschädige. Ebenso stellte er fest, daß die bezeichneten (zu 2 des ersten Urtheils) Grundstücke des Klägers Senkungen erlitten hätten, deren Ursache dem Bergbaubetriebe der genannten Zeche beizumessen sei und welche ebenfalls für sich allein jenen Grundstücken Schaden zufügten. Der Kläger könne auf Grund des ihm an den Grundstücken unbestritten zustehenden Eigenthums der Zuleitung der Wasser widersprechen und Ersatz des ihm dadurch entstandenen Schadens beanspruchen. Der gleiche Anspruch stehe ihm auf Grund des § 148 Allgemeinen Berggesetzes zu wegen der Senkungen. — —

Was zunächst den Widerspruch des Klägers gegen die Wasserzuleitung angeht, so kann die Frage dahin gestellt bleiben, ob eine Zuleitung von Flüssigkeiten auf das Nachbargrundstück unter derselben Regel steht, die maßgebend ist für die Benutzung von Privatflüssen, nämlich der, daß unerlaubt nicht die Zuleitung ist, welche

das Maß des Gewöhnlichen nicht überschreitet. Denn der Berufungsrichter hat festgestellt, daß die Zuleitung im vorliegenden Falle die Grundstücke des Klägers beschädigt. Eine schädliche Immission braucht aber kein Eigenthümer zu dulden, soweit dem Zuleitenden nicht ein besonders erworbenes Recht dazu zur Seite steht. Ein solches Recht haben die Beklagten in den Vorinstanzen nicht behauptet, namentlich auch nicht, daß es ihnen zustehe als Ausfluß ihres Bergwerkseigenthums und daß die Wasserableitung auf die Grundstücke des Klägers von dem Bergbaubetriebe bedingt werde. Erst in der mündlichen Verhandlung dieser Instanz, also soweit es sich um thatsächliches Vorbringen handelt, verspätet, ist eine derartige Behauptung vorgebracht unter Hinweis auf die Bemerkung von Brassert in seinem Kommentar zum § 148 des Allgemeinen Berggesetzes. Dort ist S. 396 die Ansicht aufgestellt, der Grundbesitzer sei nicht berechtigt, wegen Beschädigung eines Grundstücks durch den Bergwerksbetrieb z. B. durch .... Zuführung von Grubenwassern mittels negatorischer Klage die Einstellung des beschädigenden Betriebes zu verlangen. Um eine Einstellung des Bergbaubetriebes handelt es sich aber bei dem negatorischen Theil des Klageanspruchs nicht. Die Vorderrichter haben auch die wegen der Zuleitung der Grubenwasser mit der Negatorienklage verbundene Entschädigungsforderung nicht aufgefaßt als einen Anspruch, der aus dem angezogenen § 148 begründet werden solle und begründet werden müsse. Dazu kommt aber noch, daß bei der in Rede stehenden Wasserzuleitung nicht bloß eine Beschädigung der Grundstücke des Klägers in Frage stände, sondern zugleich eine Benützung derselben von längerer Dauer, welche dem Bergwerksbesitzer nach §§ 135 ff. nur im Wege der Enteignung und nicht vor Durchführung dieser wider den Willen des Grundeigenthümers zusteht.

Vergleiche Reichsgerichts-Entscheidungen in Civilsachen Bd. 2, S. 211 ff., Daubenspeck, Bergschaden S. 104 ff.

Die Beklagte hat auch, wie sie vorgetragen, diesen Weg der Enteignung eingeschlagen und ist auf demselben zu einem ihr günstigen Beschlusse gelangt.

War nun die Wasserzuleitung bislang eine unerlaubte Handlung, so hat der Vorderrichter mit Recht die Beklagte zur Entschädigung der durch dieselbe dem Kläger verursachten Nachtheile nach Maßgabe der Vorschriften des A.L.R. I. 6 für verpflichtet erachtet. Nicht minder ist die Beklagte, Gewerkschaft Wilhelmine Victoria verpflichtet

den Kläger wegen der durch ihren Bergbaubetrieb entstandenen Senkungen zu entschädigen nach Maßgabe des § 148 Allgemeinen Berggesetzes. Daß sie im Laufe des Rechtsstreits ihr Bergwerk veräußert hat, benimmt ihr nicht ohne Weiteres die juristische Persönlichkeit und damit die Prozeßfähigkeit. Abgesehen davon, daß ein Einwand in dieser Beziehung nicht erhoben ist, war der freilich nicht unbestrittenen Ansicht

vergl. Urtheil des rheinischen Senats des früheren preuß. Obertribunals in der Zeitschrift für Bergrecht Bd. 12 S. 185; Klostermann's Kommentar, 4. Auflage, Anmerkung 218, und dieselbe Zeitschrift Bd. 12 S. 474; Gruchot Bd. 19 S. 787

beizutreten, nach welcher eine Gewerkschaft auch nach der Veräußerung ihres Bergwerks, soweit es sich um Erfüllung ihrer vor der Veräußerung entstandenen Verbindlichkeiten Dritten gegenüber handelt und so lange sie noch anderes Vermögen besitzt, dessen Nichtvorhandensein namentlich bei freiwilliger Veräußerung geltend zu machen Sache der Einrede ist, als rechts- und prozeßfähiges Subjekt fortbesteht.

Vergl. Striethorst Bd. 95 S. 364, Reichsoberhandelsgerichts-Entscheidungen Bd. 19 S. 190, Werner bei Gruchot Bd. 20 S. 4[illegible], Dernburg I. § 268 Nt. 31, IV. Auflage, Brassert, Kommentar zum Allgemeinen Berggesetz S. 280 ff.

Nicht unbedenklich erschien die Entscheidung der Frage, ob die Klage wegen des Schadensersatzes zugelassen werden durfte mit Rücksicht darauf, daß sie die Ermittelung des Schadens einem besonderen Verfahren überlassen will.

Die vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts haben in dem Beschlusse vom 28. Juni 1888

vergl. Reichsgerichts-Entscheidungen in Civilsachen Bd. 21 S. 3[illegible]

befunden, daß Schadensersatzklagen unter Vorbehalt der Feststellung des Schadensbetrages in einem besonderen Verfahren nur zulässig seien, wenn die Voraussetzungen des § 231 C.P.O. vorliegen. Dieser Beschluß ist indeß, wie dessen Begründung ergiebt, auf prinzipale Schadensersatzklagen zu beschränken, weil die Entscheidung nur für den damals vorliegenden Fall einer solcher prinzipalen Klage eingeholt war und die Formel der betreffenden Frage dies auch zum Ausdruck gebracht hatte. Dazu kommt, daß das für die Nothwendigkeit der Zusammenfassung der Schadensforderung ihrem Grunde nach und der Ermittelung ihres Betrages in einem und demselben Rechtsstreit

gegebene Motiv, die C.P.O. wolle eine überflüssige Vermehrung der Prozesse verhüten, nicht zutrifft, wenn der prinzipale Anspruch ein selbständiger ist, welcher ohne Rücksicht auf Schadensersatz in einem besonderen Vorprozeß verfolgt werden darf.

Von diesem Gesichtspunkte aus fällt der Anspruch des Klägers auf Schadensersatz wegen der Wasserzuleitung, gegen welche er prinzipaliter negatorisch geklagt hat, nicht unter jenen Beschluß. Es kommt aber noch hinzu, daß dieser Schadensersatzanspruch, und das gilt auch für den wegen der Senkungen erhobenen, die Voraussetzungen des § 231 C.P.O. in sich trägt. (Das wird näher ausgeführt.)

Nr. 85.

Welches örtliche Recht ist für den Anspruch auf Schadensersatz maßgebend, wenn die beschädigende Einwirkung in dem einen Rechtsgebiete vollendet, der Schaden aber in dem andern zu Tage getreten ist? Findet insbesondere die im § 151 des allg. preuß. Bergges. vom 24. Juni 1865 vorgeschriebene dreijährige Verjährung auf beschädigende, im Ausland vollendete Handlungen Anwendung?

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 6. Februar 24. April 1889 in Sachen der Stadt Goslar, Klägerin, wider die Kommunionharz-Behörde, Beklagte. V. 298/88.)

Auf die Revision der Klägerin ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Celle aufgehoben, und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte betreibt Bergbau unter dem Goslar'schen Stadtforst, welcher in dem braunschweigischen Gebiete liegt und auf dessen Umfang das braunschweigische Berggesetz vom 15. April 1867 nach § 220 desselben keine Anwendung findet. An diesen Stadtforst stößt ein angeblich der Klägerin gehöriges Grundstück im Gebiete der Provinz Hannover, für welches nach seiner örtlichen Lage das Allgem. preuß. Bergrecht Geltung hat. Auf diesem letzteren Grundstück befanden sich Quellen, welche nach der Behauptung der Klägerin durch den erwähnten Bergbaubetrieb mittels Führung eines näher bezeichneten, unter dem Goslar'schen Stadtforst liegenden Stollens versiegt sind.

Die Klägerin beantragte, die Beklagte zu verurtheilen, die die Wasserentziehung herbeiführenden Einrichtungen zu unterlassen, bezw. Anlagen herzustellen und zu unterhalten, welche die Wasserentziehung dauernd hindern, und den durch die bisherigen Eingriffe der Klägerin

im Laufe des Prozesses auch beziffert hat.

Die Beklagte bestreitet den Klageanspruch an sich, wendet aber auch Verjährung ein.

Beide Vorderrichter haben abgewiesen. Sie halten gegen die Ansicht der Parteien das preuß. Allgem. Berggeſ. für maßgebend und nach § 151 desselben den Anspruch auf Schadensersatz für erloschen, weil seit 1880 die der fortwirkenden Ursache der Anlegung des Stollens zugeschriebene Wasserentziehung eine bleibende gewesen, die Klägerin nach ihrer eignen Darstellung aber den Schaden und dessen Urheber länger als 3 Jahre vor Anstellung der Klage gekannt habe. Der bloß negatorische Theil des Klageanspruchs habe überhaupt keine Berechtigung.

Die gegen dieses Urtheil eingelegte Revision mußte für begründet erachtet werden. Sie rügt mit Recht die Anwendung des preuß. Bergrechts als rechtsirrthümlich.

Der Berufungsrichter begründet diese Anwendung in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter durch die Erwägung, es sei erst mit der schädigenden Einwirkung des von der Beklagten betriebenen Bergbaues auf das in Preußen belegene Grundstück der Klägerin die Thatsache gegeben, welche für sie gegen die Beklagte einen Anspruch überhaupt habe erzeugen können. Deshalb müsse das für das beschädigte Grundstück geltende örtliche Recht angewendet werden, und der inländische Richter, welcher um Schutz an einem inländischen Grundstücke angegangen werde, müsse diesen nach Maßgabe des für das letztere geltenden Rechtes gewähren, wenn auch die beschädigende Einwirkung in einem anderen Rechtsgebiete ihren Ursprung genommen habe.

Diese Erwägung beruht zunächst auf dem unrichtigen Vordersatze, es sei der Wille des preuß. Bergrechts in seinem § 148 dahin gegangen, den preuß. Grundstücken das ihnen dort bei Beschädigungen durch den Bergbau gewährte Recht auch gegenüber dem außerhalb Preußen betriebenen Bergbau zu geben. Für diese Annahme fehlt es an einem zureichenden Grunde. Im Gegentheil ist daraus, daß sich die betreffende Bestimmung findet in einem Gesetze über preuß. Bergbau, zu folgern, es handle sich nicht um Aufstellung eines im Allgemeinen aus national-ökonomischen Prinzipien als nothwendig erkannten Vorzugsrechtes für das Grundeigenthum im Falle einer

Kollision der daraus fließenden Rechte mit der Ausübung der Rechte aus dem an sich gleichstarken Recht des Bergwerkseigenthums, sondern um eine zunächst das Bergrecht angehende rechtliche Grenzbestimmung für den preuß. Bergbau. Auch ist von diesem Gesichtspunkte aus nicht anzunehmen, daß in einem nur für das preuß. Staatsgebiet erlassenen Gesetze ohne ausdrückliche Erklärung dem außerhalb Preußen betriebenen Bergbau und dessen nicht preuß. Betreibern überhaupt Verpflichtungen haben auferlegt werden sollen, eine Annahme, welche sich mit der üblichen Rücksichtnahme auf die Beziehungen zu anderen Staaten in Widerspruch setzen würde.

Die Erwägung des Berufungsrichters verletzt aber auch die allgemeinen Grundsätze über die sogenannte Statutenkollision, daß das Bergbaurecht im Allgemeinen dem Gesetze untersteht, auf Grund dessen oder mit dessen Genehmigung oder Zulassung es ausgeübt wird, kann nicht zweifelhaft sein, so lange diese Ausübung innerhalb des von diesem Gesetze beherrschten Gebietes erfolgt. Eine Ueberschreitung dieses Gebietes liegt aber so lange nicht vor, als die einzelne Betriebshandlung sich vollendet innerhalb dieses Gebietes, d. h. den bergbaulichen Zweck erreicht, zu dessen Erreichung sie vorgenommen ist. Das was sich demnächst, früher oder später, in einem anderen Gebiete als schädliche Folge einer solchen Handlung herausstellt, ist nicht diese selbst, nicht eine Fortsetzung derselben und kann daher die Handlung selbst nicht einem anderen Gesetze unterwerfen, als demjenigen, unter dessen Herrschaft sie vorgenommen worden ist; der Berufungsrichter, welcher die Anwendung des preuß. Gesetzes rechtfertigt mit der Thatsache der Einwirkung des in Braunschweig betriebenen Bergbaus auf ein preuß. Grundstück, hat nicht unterschieden zwischen der im bergbaulichen Sinne vollendeten Handlung und der nach der Vollendung eintretenden besonderen Wirkung. Die dem Bergbau auferlegte Verpflichtung, den durch ihn dem Grundeigenthume zugefügten Schaden zu ersetzen, ist eine sogenannte obligatio ex lege, welche dem Gesetze untersteht, wo die Handlung vorgenommen wird, welche die Obligation begründet.

An der Individualität der Betriebshandlung wird dadurch nichts geändert, daß sich mit ihr schädliche Einwirkungen verknüpfen. Durch diese Verbindung wird zwar die Ersatzpflicht konkret, aber es bleibt immer die Handlung, welche als solche die Obligation begründet; daß ohne Schaden von keinem Schadensersatz gesprochen werden kann, dieser Satz ist deshalb ohne Bedeutung, weil er auch

nicht der Ort des hervortretenden Schadens, sondern der Ort der Deliktshandlung für die Bestimmung des maßgebenden Gesetzes entscheidend ist.

Im vorliegenden Falle sind die betreffenden Betriebshandlungen, denen die Klägerin die Beschädigungen ihres Grundstücks zuschreibt, nach deren Behauptung vorgenommen und vollendet im Gebiete des nichtpreußischen Rechtes. Deshalb durfte auf sie bezüglich der Frage, ob die Beklagte wegen der von der Klägerin behaupteten Beschädigungen als Folge jener Handlungen schadensersatzpflichtig sei, nicht das preußische, sondern mußte das Recht angewendet werden, welches in Bezug auf bergbauliche Verpflichtungen herrschend ist im Bereiche des Goslar'er Stadtforstes.

Damit war die Aufhebung der angegriffenen Entscheidung geboten. Eine Bestimmung, welche dem Grundeigenthümer jeden Anspruch gegen Beschädigung durch den Bergbau abschneidet, kann für das Gebiet des deutschen Privatrechts nicht oder doch nicht mehr als gültig anerkannt werden.

vergl. Stobbe, Deutsches Privatrecht II. § 141, 143 Nr. 9, Seuffert's Archiv Bd. 26 Nr. 51.

Auch besteht, abgesehen von Partikulargesetzgebungen neuerer Zeit, für das gemeine Recht nicht das dem preuß. Rechte bekannte und im § 151 des Allgem. Berggesetzes aufgenommene Institut der dreijährigen Verjährung gegen Ansprüche aus außerkontraktlicher Beschädigung.

vergl. Motive zum § 179 des Entwurfs zu einem bürgerlichen Gesetzbuche.

Nr. 86.

Protest bei Platz- und bei Domizilwechseln. Wer ist in beiden Fällen der Präsentat?

D.W.O. Art. 88 Ziff. 3.

(Urtheil des Reichsgerichts (I. Civilsenat) vom 29. September 1888 in Sachen M., Beklagter, wider den schlesischen Central-Viehmarkts-Bankverein, Kläger. I. 188/88.)

Auf die Revision des Beklagten ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Breslau, soweit es den Beklagten zur Zahlung von 1300 M. verurtheilt, aufgehoben, und die Klage insoweit abgewiesen.

Thatbestand:

Aus zwei Wechseln, dem einen über 550 M., gezogen vom Beklagten auf Bruno H. in Görlitz, zahlbar bei Herrn C. D. F.-Görlitz, dem anderen über 1300 M., gezogen auf den Beklagten als „G. M. in Ludwigsdorf, zahlbar bei Herrn C. D. F.-Görlitz" und von demselben akzeptirt, hat der Kläger als legitimirter Wechselinhaber neben je einem anderen Wechselverpflichteten bei jedem der beiden Wechsel den Beklagten als Zieher und Indossanten des einen und als Akzeptanten des anderen Wechsels auf Zahlung der Wechselsummen nebst Zinsen und Protestkosten im Wechselprozesse verklagt. Die von einem Gerichtsvollzieher über die Präsentation der beiden Wechsel in Görlitz zur Verfallzeit aufgenommenen Protesturkunden lauteten nach erfolgter Bezeichnung der seitens des Wechselinhabers gestellten Anträge als den — erstbezeichneten — Wechsel „dem Herrn Bruno H. hierselbst als Akzeptanten und dem Herrn C. D. F. hierselbst als Domiziliaten zur Zahlung vorzulegen", übereinstimmend dahin: „hat der unterzeichnete Gerichtsvollzieher sich am ꝛc. (es folgen die Angaben von Tag und Stunde) nach dem Postplatz Nr. 10 hierselbst belegenen Geschäftslokale des Domiziliaten Herrn C. D. F. verfügt und daselbst dessen Schwiegersohn Herrn Adolph Sch. angetroffen, welcher nach Vorlegung des Wechsels und geschehener Zahlungsaufforderung erklärte: Deckung ist nicht eingegangen. Der Akzeptant — hier folgt im Proteste betreffend den ersten Wechsel die Namensbezeichnung: „Herr Bruno H.", im Proteste betreffend den zweiten Wechsel die Namensbezeichnung: „Herr G. M." — wurde am Protestorte nicht angetroffen. Es hat daher der Unterschriebene wegen nicht erfolgter Bezahlung des Wechsels den Protest eingelegt ꝛc."

Nachdem zunächst auf beide in verschiedenen Prozessen angestellte Klagen gegen die sämmtlichen Beklagten in erster Instanz am 28. Februar 1888 Versäumnißurtheile nach den Klageanträgen ergangen waren, erhob Beklagter gegen diese Urtheile Einspruch mit den Anträgen, unter Aufhebung derselben die Wechselklagen gegen ihn abzuweisen. Diese Anträge begründete er damit, daß die Protesturkunden rechtsungültig seien, weil es an einem Zahlungsbegehren an den Domiziliaten selbst fehle, indem nicht beurkundet sei, daß derselbe nicht anzutreffen gewesen, eventuell in Höhe der Zinsen und Protestkosten mit der unterbliebenen Notifikation der Nichtzahlung. Es ergingen hierauf Urtheile des preuß. Landgerichts zu Görlitz, übereinstimmend dahin:

28. Februar 1888, soweit es den Beklagten M. betrifft, bezüglich der Zinsen und Wechselunkosten aufzuheben, Kläger mit den geforderten Zinsen und Wechselunkosten abzuweisen, im Uebrigen das genannte Versäumnißurtheil gegen M. aufrecht zu erhalten.

Gegen diese Urtheile legte Beklagter Berufungen mit den Anträgen auf völlige Abweisung der Klagen gegen ihn ein. Nach Verbindung beider Sachen erkannte das preuß. Oberlandesgericht zu Breslau auf Zurückweisung der Berufung.

Gegen dieses Urtheil hat Beklagter die Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Es ist von den Instanzgerichten übersehen worden, daß die Anforderungen an die Protesturkunden wegen der verschiedenen rechtlichen Beschaffenheit der beiden Wechsel nicht gleiche sind. Der Wechsel über 550 M. auf Bruno H. in Görlitz, zahlbar bei C. O. F.-Görlitz ist wegen Mangels einer Verschiedenheit des angegebenen Wohnorts des Bezogenen vom Zahlungsorte überhaupt kein Domizilwechsel, sondern ein sogenannter Platzwechsel. Bei solchem Wechsel ist, wie bereits in dem in Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. XIV S. 148 ff. abgedruckten Urtheil ausgeführt worden, der Präsentat, also derjenige, gegen den allein die wechselrechtlichen Handlungen vorzunehmen sind, der Bezogene und nicht der Inhaber des Geschäfts, in dem die Leistung der Zahlung zugesagt ist und in welchem allerdings die Zahlung zu suchen ist. Danach ist der Protest vom 31. Dezember 1887 über den Wechsel von 550 M. gültig. Denn es ist in demselben ausdrücklich konstatirt, daß der Bezogene an jener Zahlstelle nicht angetroffen worden ist, und ebenso auch zur Genüge, daß sich daselbst auch kein Anderer bei dem protestirenden Beamten behufs Zahlung Namens des Bezogenen gemeldet hat.

Dagegen ist der Wechsel über 1300 M., gezogen auf G. M. in Ludwigsdorf, zahlbar bei Herrn C. O. F.-Görlitz, ein wirklicher Domizilwechsel, und der Domiziliat war es daher, gegen den der wechselrechtliche Akt vorzunehmen war. Hier mußte in Abweichung von der Auffassung des Berufungsgerichts die Unzulänglichkeit des Protestes vom 3. Februar 1888 angenommen werden. Die Gründe, aus welchen das Berufungsgericht das Schweigen der Protesturkunde darüber, weshalb keine Erklärung von C. O. F. selbst erfordert worden, für unerheblich erachtet, konnten nicht für zutreffend erachtet werden. Nach Art. 88 Ziff. 3 der D.W.O. muß aus dem Proteste hervorgehen, „das an

die Person, gegen welche protestirt wird, gestellte Begehren, ihre Antwort oder die Bemerkung, daß sie keine gegeben habe oder nicht anzutreffen gewesen sei." Diejenige Person, gegen welche zu protestiren war, ist C. D. F. Der Protest ergiebt aber weder, daß an diesen ein Zahlungsbegehren gestellt worden ist, noch daß er nicht anzutreffen gewesen sei. Aus der diesseitigen, in Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. XIV. S. 145 ff. abgedruckten Entscheidung läßt sich zu Gunsten der Zulänglichkeit dieses Protestes nichts folgern. Dort ist ausgesprochen worden, daß es zu der erforderlichen Konstatirung nicht des Gebrauchs gerade der im Gesetz angegebenen Worte bedürfe, sofern sich aus dem, was wirklich konstatirt worden, zugleich das Vorhandensein des nach dem Gesetze zu beurkundenden Thatbestandes nothwendig ergebe. Wenn, wie in jenem Falle, der Notar beurkundet, er habe das Geschäftslokal, in welchem der Wechsel zu präsentiren war, verschlossen gefunden, so versteht es sich freilich ohne Weiteres von selbst, daß er den Bezogenen oder Domiziliaten in dem Geschäftslokal nicht angetroffen haben konnte, und es wäre eine widersinnige Uebertreibung des Formerfordernisses, wenn man noch besonders verlangen wollte, daß auch dies, was ja nichts zusätzlich Thatsächliches, sondern lediglich die Wiederholung des bereits Beurkundeten in den Worten des Gesetzes gewesen wäre, noch zum Ausdruck zu bringen wäre. Mit diesem Falle hat aber der vorliegende gar nichts gemein. Es ist nicht ersichtlich, wie daraus, daß in dem Proteste die Vorlegung des Wechsels an den Akzeptanten und Domiziliaten zur Zahlung und eventuellen Protestirung als der dem Gerichtsvollzieher ertheilte Auftrag bezeichnet und ferner in demselben beurkundet ist, daß in dem Geschäftslokale des C. D. F. dessen Schwiegersohn angetroffen wurde und der Akzeptant nicht angetroffen wurde, als zugleich beurkundet folgen soll, daß der Domiziliat C. D. F. selbst nicht anzutreffen gewesen. Gerade diese Fassung des Gesetzes: „nicht anzutreffen gewesen" ist nicht ohne Belang, indem sie zum Ausdruck bringen will, daß es nicht genügt, daß dem protestirenden Beamten nicht gleich bei seinem Eintritt in das Geschäftslokal die Person des Protestaten in das Auge fällt, daß er vielmehr Nachfrage nach ihm zu halten hat, ehe er konstatiren kann, daß er nicht anzutreffen gewesen. Selbst wenn es zuläſſig wäre, über den Inhalt des Beurkundeten hinaus das muthmaßlich Geschehene in Betracht zu ziehen, so fehlt es hier durchaus an Anhalt für die Annahme, daß der Gerichtsvollzieher in der That nach C. D. F.

richtsvollzieher in unrichtiger Vorstellung in Betreff der Person, gegen die zu protestiren war, den Bezogenen für die entscheidende Person gehalten hat, wofür die völlige Uebereinstimmung des Protestes mit dem über den Wechsel von 550 M. trotz der gerade für den Protestakt erheblichen Unterschiede beider Wechsel spricht, oder daß er den im Geschäftslokal von C. D. F. vorgefundenen Schwiegersohn dieses Mannes zu Erklärungen über dem Geschäftsinhaber zur Zahlung vorzulegende Wechsel als ermächtigt angesehen und deshalb die Nachfrage nach dem Prinzipal unterlassen hat. Hätte dies auf einer Ermittelung, wonach dieser Schwiegersohn eine geschäftliche Stellung bei C. D. F. hatte, die ihn hierzu ermächtigte, etwa als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter, beruht und wäre dies in dem Proteste beurkundet worden, so würde alsdann eine Nachfrage nach dem Prinzipal entbehrlich gewesen sein, vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. XIV. S. 148. Wird aber, wie in dem Urtheil des Dritten Civilsenats des Reichsgerichts vom 20. Januar 1882 — abgedruckt in Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 31 S. 455, auch Fenner und Mecke Archiv Bd. 3 S. 190 — zutreffend ausgeführt ist, durch die Präsentation an einen Geschäftsgehilfen, der nicht im Protest als Prokurist oder speziell zur Erklärung auf Wechsel Befugter bezeichnet ist, die Beurkundung der Abwesenheit des Prinzipals nicht entbehrlich, mag auch der Geschäftsgehülfe eine Auskunft über den Wechsel ertheilt haben, so erscheint die bloße Beurkundung, daß die angetroffene Person Schwiegersohn des Geschäftsinhabers sei, erst recht unzulänglich.

Der vorliegende Fall ist durchaus dem vom ersten Civilsenate des Reichsgerichts durch Urtheil vom 28. September 1885 in Sachen P. wider P. I. 200/1885 entschiedenen analog. Dort handelte es sich um einen bei Aron C. B. in Graudenz domizilirten Wechsel. Nach dem Protest, welcher als den Auftrag bezeichnete, den Wechsel dem Domiziliaten Aron C. B. zur Zahlung vorzulegen, hatte der protestirende Beamte sich in das Geschäftslokal von Aron C. B. begeben, daselbst aber „nicht den Bezogenen, sondern Herrn Jakob B. jun." angetroffen und von diesem auf Vorlegung des Wechsels die Erklärung, daß Deckung nicht eingegangen, erhalten. Das Reichsgericht erachtete die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Protest ungültig sei, weil aus der Protesturkunde nicht hervorgehe, in welcher rechtlichen Stellung Jakob B. jun. zu Aron C. B. sich be-

unden, und nicht beurkundet sei, ob der Inhaber der Handlung Aron C. B. anwesend gewesen sei oder nicht, für rechtlich zutreffend.

Von einer thatsächlichen und deshalb dem Revisionsgericht unzugänglichen Auslegung der Protesturkunde kann auch im vorliegenden Falle nicht die Rede sein. Die Auslegung des Berufungsgerichts läuft darauf hinaus, immer in der Konstatirung, an der Zahlungsstelle Jemand angetroffen zu haben, der auf das Zahlungsbegehren eine Auskunft giebt, zugleich, sofern dies die Person, gegen welche zu protestiren, nicht ist, die Konstatirung zu finden, daß diese Person nicht anzutreffen gewesen, und damit das Zahlungsbegehren an die bestimmte Person durch ein solches gegen eine beliebige zu ersetzen.

Hiernach war der Anspruch aus dem Wechsel über 1300 M. abzuweisen.

Nr. 87.

1. Hat die erst nach Ablauf der Amtszeit erfolgte Verurtheilung eines Beamten zum Verlust der Ehrenrechte den Verlust des Besoldungs- und Pensionsrechts zur Folge?

Str.G.B. § 33.

2. Kann die durch strafbare Handlungen eines Beamten geschädigte Stadtgemeinde gegen dessen Pensionsanspruch mit ihrer Forderung wegen der veruntreuten Beträge aufrechnen?

C.P.O. § 749.

Urtheil des Reichsgerichts (III. Civilsenat) vom 28. September, 9. Oktober 1888 in Sachen der Stadtgemeinde zu C., Beklagten, wider Sch., Kläger. III. 94/88.)

Auf die Revision der Beklagten ist das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Naumburg, soweit der Kompensationsanspruch der Beklagten verworfen war, aufgehoben, und die Kompensation für zulässig erklärt.

Entscheidungsgründe:

Unbestritten ist der Kläger wegen der von ihm im Amte verübten Vergehen erst nach Ablauf seiner Amtszeit bestraft, und sind ihm dabei die bürgerlichen Ehrenrechte abgesprochen worden. Da er sonach zur Zeit des Strafurtheils das Amt nicht mehr bekleidete, so konnte das Urtheil auch für ihn nicht den Verlust des Amts und folgeweise auch nicht den Verlust der daraus hervorgehenden Besoldungs- und Pensionsrechte zur Folge haben. Denn das hier maßgebende Strafgesetzbuch bezeichnet den Verlust des Amts im § 33 vgl. 31 ganz unzweideutig als die Wirkung des Strafurtheils, nicht schon des Vergehens selbst, und es hätte einer ausdrücklichen Be-

verloren gehen sollte, ungeachtet das Amt durch das Strafurtheil nicht mehr verloren gehen konnte. Eine solche Bestimmung hat das Strafgesetzbuch nicht, noch kann sie, wie der Berufungsrichter in irrevisibler Weise ausführt, aus den Vorschriften des Anhaltischen Civilstaatsdienstgesetzes vom 22. Dezember 1875, insbesondere dessen §§ 64 und 67, hergeleitet werden. Es beruht also die Anerkennung des klägerischen Pensionsanspruchs, wie die Revisionsklägerin in erster Linie behauptet, keineswegs auf einer Gesetzesverletzung, entspricht vielmehr vollkommen den Rechtsansichten, wie sie vom Reichsgericht schon in einem früheren, wesentlich gleichliegenden Fall (vergl. Entscheidungen Bd. 17 S. 242 ff.) ausführlicher entwickelt worden sind, von denen abzugehen kein Grund vorliegt. Die gegen die Zulassung des Klageanspruchs von der Beklagten eingelegte Revision war daher als unbegründet zurückzuweisen. Begründet erscheint sie dagegen, soweit sie gegen die Zurückweisung der Widerklage gerichtet ist.

Mit letzterer verlangt Beklagte urtheilsmäßige Feststellung, daß sie berechtigt sei, die ihr vom Kläger unbestrittenermaßen veruntreuten Beträge nebst Zinsen von Zeit der Veruntreuung an gegen die dem Kläger zuständige Pension voll an- und aufzurechnen. Der Berufungsrichter weist diesen Antrag mit Rücksicht auf die Unpfändbarkeit der klägerischen Pension nach § 749 C.P.O. und ihrer Unzedirbarkeit nach § 11 des Anhaltischen Civilstaatsdienstgesetzes zurück, indem er deduzirt, daß, wenn der Gesetzgeber zur Sicherung der Existenz des Pensionärs die Pension bis zu einem gewissen Betrag unpfändbar stelle, resp. selbst die freiwillige Abtretung für unwirksam erkläre, dies auch analog zum Ausschluß der Kompensation von Forderungen Dritter gegen den Pensionsanspruch führen müsse, da die Möglichkeit der Kompensation die Existenz des Pensionärs nicht minder gefährde. Damit verkennt der Berufungsrichter die Grundsätze über Gesetzes-Analogie. Eine solche setzt die wesentliche Gleichheit des vom Gesetz entschiedenen Falles mit dem voraus, auf den dasselbe zur analogen Anwendung kommen soll. An dieser Gleichheit fehlt es hier. Die Kompensation involvirt keine Abtretung der Forderung, gegen die aufgerechnet wird, weder eine freiwillige noch eine zwangsweise, hängt nicht vom Willen des Forderungsberechtigten oder des zwangsweise an seine Stelle tretenden Richters ab, sondern einzig und allein von dem des Schuldners, welcher durch den von ihm erklärten Willen zu kompensiren, die Forderung ipso jure tilgt. Aus dem Verbot der Abtretung des

Pensionsanspruchs läßt sich daher ein Schluß darauf nicht ziehen, daß nach dem Gedanken und Willen des Gesetzgebers auch eine Aufrechnung gegen denselben unzulässig sein und auch auf diese Weise der Pensionsanspruch zum Schutze der Existenzbedingungen des Pensionärs sichergestellt werden soll. Dazu hätte es einer besonderen Willenskundgebung des Gesetzgebers bedurft, die der Berufungsrichter elbst nicht als vorhanden annimmt, namentlich auch nicht in dem von ihm angezogenen § 11 des Staatsdienergesetzes findet.

Wenn die Revisionsklägerin die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegen eine Pensionsforderung aber auch aus deren Qualität als Alimentenforderung herzuleiten versucht, so kann auch dieser Versuch keinen Erfolg haben — auch dann nicht, wenn man annehmen will, daß gegen Alimentenforderungen im Allgemeinen Kompensation nicht stattfindet. Denn der Anspruch des Beamten auf Pension beruht auf dem Dienstvertrag und die Pension bildet einen Theil der Vergütung, welche er für seine Dienste noch nach Ablauf seiner Dienstzeit zu beziehen hat. Sie fällt daher unter einen ganz andern rechtlichen Gesichtspunkt als die Alimente, die ihrer rechtlichen Bedeutung nach, ihren Grund nur in dem Bedürfniß des Alimentenberechtigten haben, daher nur zu seinem Unterhalte dienen sollen, dazu aber nicht dienen würden, wenn es in die Willkür des Alimentenpflichtigen gestellt würde, sie zur Tilgung beliebiger Forderungen an den Alimentationsberechtigten zu verwenden.

Nr. 88.

Kann bei mehrfacher Eintragung des Eigenthums der früher eingetragene Eigenthümer auf Grund des § 7 d. E.E.G. gegen den später eingetragenen die Eigenthumsklage anstellen? Zerstörung des Glaubens des Grundbuchs durch widersprechende Eintragungen.

Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 23. März 1889 in Sachen F., Klägers, wider X., Beklagten. IV. 355/88.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Hamm ist zurückgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Berufungsrichter hat im Eingang seiner Entscheidungsgründe erwähnt, daß der Kläger, welcher aus dem zedirten Recht seines Vorbesitzers Franz Feldkamp die Eigenthumsklage angestellt hat, diese Klage bezüglich des einen der streitigen Grundstücke, welches als Flur I. Nr. 250 auf den Namen des Franz Feldkamp im Grundbuche

auf diese Eintragung stützen könne, und zwar deshalb nicht, weil dasselbe Grundstück auch auf den Namen des Beklagten im Grundbuche eingetragen stehe. Der Kläger greift diesen Entscheidungsgrund als rechtsirrthümlich an, indem er geltend macht, daß die Eintragung für Franz Feldkamp die ältere sei und deshalb den Vorzug genieße, daß aber überdies der Beklagte sich auf seine Eintragung dem Kläger gegenüber um deswillen nicht berufen könne, weil er mit einer gegen Franz Feldkamp angestellten Eigenthumsklage im Jahr 1862 rechtskräftig abgewiesen worden sei. Der Angriff ist verfehlt. Jener Entscheidungsgrund des Berufungsrichters steht im Einklang mit der wiederholten Entscheidung des Reichsgerichts, daß der Glaube des Grundbuchs durch sich widersprechende Grundbucheintragungen zerstört wird, und daß daher in solchem Fall keine Partei sich auf die ihr günstige Eintragung berufen dürfe,

vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 11 Nr. 62 S. 278 und Turnau Grundbuchordnung Bd. 1 S. 662, 663 Nt. 5 (4. Auflage).

Nimmt man selbst an, daß der Nachweis einer formell oder materiell zu Unrecht erfolgten Eintragung des Gegners dieselbe ungeschehen mache und die andere Eintragung zum Range einer alleinigen Eintragung im Sinne des § 7 des Eigenthums-Erwerbsgesetzes erhebe, so läßt sich jener Nachweis doch nicht damit erbringen, daß der Gegner später eingetragen oder dem Beweisführer gegenüber mit einer Eigenthumsklage abgewiesen worden sei, denn daraus folgt nichts für die Frage, wer Eigenthümer ist, und ob der Gegner überhaupt nicht als Eigenthümer eingetragen werden beziehungsweise bleiben durfte.

Nr. 89.

1. Anwendbarkeit des § 30 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 in Betreff der Haftung von Gebäuden für eine eingetragene Forderung, wenn die Eintragung zwar vor, die Errichtung der Gebäude aber erst nach Erlaß des E.E.G. erfolgt ist?

Einl. z. A.L.R. §§ 14, 59.

2. Fallen Gebäude, welche Jemand auf fremdem Grund und Boden errichtet, in das Eigenthum des Grundbesitzers, sofern dem Bauenden nicht eine Superfizies am Grund und Boden zusteht?

E.E.G. § 30. A.L.R. I. 22 §§ 243 ff.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 26. Oktober 1887 in Sachen L., Klägers, wider Z., Beklagten. V. 177/87.)

Auf die Revision des Klägers ist das Urtheil des preuß. Ober-

andesgerichts zu Posen aufgehoben, und die Sache in die II. In-
tanz zurückverwiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Das Berufungsgericht weist endlich den Anspruch des Klägers
)ezüglich der von den drei Käufern auf dem Pfandgrundstücke er-
:ichteten Gebäude mit der Erwägung zurück, daß dem Kläger bezw.
)essen Rechtsvorgängern durch den Vertrag vom 8. Januar 1879
:ine Superfizies im Sinne der §§ 243 ff. A.L.R. I. 22 nicht ein-
jeräumt worden, daß deshalb das Eigenthum der auf dem Guts-
:errain errichteten Gebäude dem Eigenthümer des Guts zugefallen
ei, und daß daraus nach § 30 des Eigenthums-Erwerbsgesetzes die
Verhaftung der Gebäude für die Hypothek des Beklagten folge.

Der § 30 des Eigenthums-Erwerbsgesetzes enthält in seiner Be-
timmung über die Haftung der auf dem Pfandgrundstück vorhan-
)enen Gebäude neues, von den Vorschriften der §§ 472—474 A.L.R.
[. 20 abweichendes Recht. Daraus folgt aber nicht die Anwendbar-
:eit der älteren Grundsätze auf die Haftung der von den drei Käu-
ern im Jahre 1879 auf dem Pfandgrundstück errichteten Gebäude,
)bwohl die Forderung des Beklagten vor dem Geltungsanfange des
Grunderwerbsgesetzes eingetragen ist. Denn bereits bestehendes Pfand-
:echt kann Gebäude, welche später auf dem in Pfandhaft befindlichen
Grundstück errichtet werden, erst im Zeitpunkte ihrer Errichtung er-
jreifen; Rechtserwerb zu Gunsten des Pfandberechtigten tritt also
:rst in diesem Zeitpunkte ein. Daraus folgt aber mit Nothwen-
)igkeit, daß die Frage, ob und in welchem Umfange ein solcher
Rechtserwerb eintritt, nach dem zur Zeit der Errichtung der Gebäude
jeltenden und nicht nach dem zur Zeit der Begründung des Pfand-
:echts geltend gewesenen Rechte zu beurtheilen ist. Die Errichtung
)er Gebäude ist die Begebenheit, welche den Eintritt derselben in die
Pfandhaft zur Folge haben kann. Aus dem Satze, daß neue Ge-
etze auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten
ıicht angewendet werden können (A.L.R. Einl. § 14) folgt in Ver-
)indung mit der Bestimmung, daß Gesetze so lange ihre Kraft be-
jalten, bis sie wieder aufgehoben sind (daselbst § 59), von selbst,
)aß ein Gesetz auf Begebenheiten, welche erst nach seiner Aufhebung
)orfallen, keine Anwendung erleiden kann. Demnach üben bei einer
)or dem 1. Oktober 1872 eingetragenen Post die §§ 472—474
[. 20 ihre Wirkung nur auf die vor diesem Tage auf dem Pfand-

Eine Meinungsverschiedenheit ist in dieser Beziehung bisher nicht hervorgetreten (vgl. Förster-Eccius Bd. 3 S. 552 Anm. 24; Rintelen über den Einfluß neuer Gesetze zc. S. 160 f.; Achilles S. 216 Anm. 2; Bahlmann S. 129 Anm. g).

Nach § 30 des Eigenthums-Erwerbsgesetzes haften für das eingetragene Kapital u. s. w. „die auf dem Grundstück befindlichen oder nachträglich darauf errichteten, dem Eigenthümer gehörigen Gebäude." Die auf dem Grundstück errichteten Gebäude haften also dem Pfandgläubiger nur insoweit, als sie dem Eigenthümer gehören, sie haften nicht, wenn sie nicht dem Eigenthümer des Grundstücks, sondern einem Dritten gehören. Das Berufungsgericht folgert daraus, daß den drei Käufern, welche die auf dem dem Beklagten verhafteten Grund und Boden zur Zeit des Zwangsverkaufs befindlichen Gebäude errichtet haben, nach dem Vertrage vom 8. Januar 1879 eine Superfizies im Sinne der §§ 243 ff. A.L.R. I. 22 nicht zugestanden habe: daß jene Gebäude mit ihrer Errichtung Eigenthum des Besitzers des Grundes und Bodens geworden seien. Damit ist der Satz ausgesprochen, daß Gebäude, welche Jemand auf fremdem Grund und Boden errichtet, in das Eigenthum des Grundbesitzers fallen, so oft ihm eine Superfizies an dem Grund und Boden nicht zusteht. Dieser Satz ist dem preußischen Recht unbekannt. Von der Inädifikation kann hier ganz abgesehen werden, da deren Voraussetzungen nicht vorliegen. Das Allgemeine Landrecht giebt dem Nießbraucher wie dem Pächter, welcher auf dem seinem Nutzungsrechte unterliegenden, fremden Grundstücke zu seinen Zwecken Gebäude errichtet hat, das Recht der Wegnahme (A.L.R. I. 21 §§ 130, 280). Was aber dem Pächter und Nießbraucher zusteht, muß auch wegen Gleichheit des Grundes einem Jeden zustehen, welchem ein dingliches Nutzungsrecht an einem Grundstücke vom Eigenthümer desselben eingeräumt ist. Insbesondere gebührt dasselbe demjenigen, welchem durch Vertrag ein Nutzungsrecht vom Eigenthümer bestellt ist, mit der ausdrücklichen Befugniß, Gebäude zu seinen Zwecken auf den ihm zur Nutzung überlassenen Grundstücken zu errichten, und mit der Verpflichtung, die Grundstücke bis zu einem bestimmten Zeitpunkt wieder zu räumen. In solchen Fällen gehört das Gebäude zum Vermögen des Nutzungsberechtigten und nicht zu dem des Eigenthümers, und es haftet daher auch nicht für die von dem letzteren bestellten Pfand-

echte. Daß bei Redaktion des § 30 des E.E.G. nicht bloß an die Superfizies gedacht ist, ergiebt die Begründung des § 26 des Entwurfs unter Nr. 2, wo gesagt wird: „Die Superfizies haftet also dem Hypothekengläubiger nicht, ebensowenig die Baulichkeit, die sich in Pächter für die Dauer seiner Pachtzeit zu seinen Zwecken errichtet hat. Der Pächter hat vielmehr bei Geltendmachung des Pfandrechts durch den Gläubiger nur das Recht der Wegnahme ꝛc." vgl. Werner Bd. 2 S. 31). Das Berufungsgericht durfte sich hiernach nicht auf die Feststellung beschränken, daß durch den Vertrag vom 8. Januar 1879 eine Superfizies im technischen Sinne nicht begründet sei, sondern hatte auch zu untersuchen, ob durch jenen Vertrag den Rechtsvorgängern des Klägers ein Recht zur Bebauung des Grundstücks des W., verbunden mit der Befugniß zur Wegnahme der Gebäude, eingeräumt worden und ob dieses Recht mit dem käuflichen Erwerb der Gebäude auf den Kläger übergegangen ist.

Nr. 90.

E.E.G. § 31. Liegt eine Benachtheiligung der eingetragenen Gläubiger schon darin, daß der Schuldner durch Vorausverfügung über die Miethen des Pfandgrundstücks ihnen das mit Einleitung der Zwangsverwaltung zur Zinszahlung bestimmte parate Befriedigungsmittel entzieht?

Ges. vom 13. Juli 1883 § 147.

Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 12. Dezember 1888 in Sachen D., Klägers, wider preuß. Hypotheken-Versicherungs-Aktien-Gesellschaft, Beklagte. V. 232/88.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preuß. Kammergerichts ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Das Reichsgericht hat die vorliegende Streitsache durch das Urtheil vom 15. Februar 1888 unter Aufhebung des zweiten Urtheils in die Berufungsinstanz zurückverwiesen. In dem Urtheil des Reichsgerichts ist ausgesprochen, daß zufolge § 140 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 der Schuldner während der Dauer einer Zwangsverwaltung über die Einkünfte des Grundstücks zu Ungunsten weder des betreibenden Gläubigers noch der sonstigen Realgläubiger verfügen kann, daß jedoch diese Beschränkung der an sich rechtsgültigen Verfügung des Schuldners mit der Aufhebung der Zwangsverwaltung fortfällt, und daß die Realgläubiger bei Einleitung einer neuen Zwangsverwaltung auf später fällig werdende Einkünfte nur diejenigen An-

scheidung des Berufungsrichters darüber fehlte, ob die Beklagte mit Recht eingewendet habe, daß die Zessionen der Miethsforderungen seitens des Schuldners Sally N. an den Kläger vom 27. und 30. November 1886 gemäß der Vorschrift des § 31 des E.E.G. zum Nachtheil der Beklagten als Realgläubigerin gereichen (vgl. Entsch. des R.G. in Civilsachen Bd. 20 S. 290).

Bei der erneuten Verhandlung der Sache vor dem zweiten Richter sind die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsakten des N.'schen Grundstücks vorgelegt. Der Berufungsrichter hat aus denselben wiederum festgestellt, daß nach Einleitung der Zwangsverwaltung vom 8. November 1886 der Schuldner N. dem betreibenden Gläubiger W. am 2. Dezember 1886 den Betrag, auf Grund dessen die Zwangsverwaltung beantragt war, nebst Zinsen und Kosten angeboten hat, und daß nach Ablehnung dieses Anerbietens seitens des W. die ganze Summe vor Beginn des Versteigerungstermins gerichtlich hinterlegt ist, und daß hierauf das Amtsgericht durch Beschluß von demselben Tage das Zwangsverwaltungsverfahren eingestellt hat. Noch am 2. Dezember 1886 sind von W., und am 13. Dezember 1886 von dem Gläubiger B. neue Anträge auf Einleitung des Zwangsverwaltungsverfahrens gestellt, und W. ist am 3. Dezember, B. am 13. Dezember als beitretend zu der Zwangsverwaltung zugelassen. Am 16. März 1887 hat die Aufhebung des ganzen Verfahrens stattgefunden.

Vom zweiten Richter ist sodann, unter Aenderung des die Beklagte verurtheilenden ersten Erkenntnisses, die Klage abgewiesen. In den Entscheidungsgründen wird zunächst ausgeführt, daß gemäß dem Urtheil des Reichsgerichts vom 15. Februar 1888 die bis zum 2. Dezember 1886 fällig gewordenen Miethen der Beklagten gebühren. Dieser Theil des zweiten Urtheils ist von dem Kläger nicht angefochten.

Der Berufungsrichter hat dann weiter befunden, daß die auf Antrag der Gläubiger W. und B. am 3., resp. 13. Dezember 1886 eingeleitete Zwangsverwaltung nicht für eine Fortsetzung des noch nicht definitiv eingestellten früheren, sondern für die Einleitung eines neuen Verfahrens zu erachten sei. Auch diese, dem richtigen Verständniß des § 70 Abs. 3 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 entsprechende Entscheidung wird von der Revision des Klägers nicht an-

(be)griffen. Es bedarf deshalb keiner näheren Begründung derselben. Der Berufungsrichter gelangt jedoch zur Abweisung der Klage, weil (e)r den von der Beklagten aus § 31 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 (e)ntnommenen Einwand für begründet erachtet. Seine Ausführung, (w)onach unter dem im § 31 a. a. O. erwähnten Vierteljahr dasjenige (K)alenderquartal, in welchem die Abtretung der Miethsforderungen „erfolgt" oder „erklärt" wird, zu verstehen sei, kann zwar nicht für (z)utreffend erachtet werden. Denn nach feststehender Judikatur ist das (i)m § 31 a. a. O. gemeinte Vierteljahr dasjenige, in welchem die Beschlagnahme des Grundstücks erfolgt (vgl. Urtheil des Reichs-Gerichts im preuß. J.M.Bl. von 1881 S. 187 2c.). Die sonach (u)nrichtige Ausführung im zweiten Urtheil hat jedoch keinen Einfluß (a)uf die Entscheidung, weil sowohl die Zessionen als die Beschlag-(n)ahme in demselben (vierten) Quartal des Jahres 1886 erfolgt sind. Letzteres bestreitet der Kläger zwar. Er führt zur Begründung (s)einer Revision aus, daß eine Beschlagnahme des R.'schen Grund-(s)tücks für die Beklagte überhaupt nicht, sondern nur zu Gunsten (a)nderer Personen — W. und B. — stattgefunden habe, daß die Be-(k)lagte also nicht legitimirt sei, die Zessionen auf Grund des § 31 (d)es E.E.G. anzufechten. — Die Beschwerde kann jedoch keinen Er-(f)olg haben. Es mag dahingestellt bleiben, inwiefern die von der (ä)lteren preußischen Praxis (vgl. Gruchot, Beiträge Bd. 26 S. 1144; (T)urnau, G.B.O. § 30 des E.E.G. VI. 3, 4. Aufl. I. S. 742) ver-(t)retene Ansicht, daß durch die Subhastation eine Beschlagnahme (d)es Grundstücks für alle Realgläubiger eintritt, in Betreff der Pacht (u)nd Miethszinsen mit Rücksicht auf § 16 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 noch jetzt zutrifft*). Jedenfalls hindert die Einleitung der Zwangsverwaltung nach §§ 140, 143 desselben Gesetzes den Schuld-ner an jeder Verfügung über die Einkünfte, bewirkt also eine Be-schlagnahme derselben für die Gläubiger. Es kommt deshalb nur (i)n Frage, ob die Vorschrift des materiellen Rechts, welche § 31 des E.E.G. enthält, hier Anwendung findet. Der Berufungsrichter hat (d)as bejaht, und seiner Entscheidung ist beizustimmen.

Nach § 30 Abs. 6 des E.E.G. haften für eingetragene Kapi-talien auch die Mieths- und Pachtzinsen. Diese Hebungen sind also

*) Das Reichsgericht hat in einem neueren, zur Veröffentlichung gelangenden Urtheil angenommen, daß der früher bestehende Rechtszustand durch das Gesetz vom 13. Juli 1883 geändert ist.

genommen werden, als nicht der Schuldner zur Zeit der Beschlagnahme des Grundstücks gültig über sie verfügt hat (vgl. Turnau a. a. O. § 30 des E.E.G. Note VI. 1 S. 741). Der Dispositionsbefugniß des Schuldners wird jedoch im § 31 des E.E.G. die Schranke gesetzt, daß eine Vorauserhebung, Abtretung und Verpfändung von Pacht- und Miethszinsen auf mehr als ein Vierteljahr ohne Wirksamkeit ist, soweit sie zum Nachtheil der eingetragenen Gläubiger gereicht. Darnach kann der Schuldner über die Einkünfte des laufenden Quartals frei, und von den Realgläubigern unbehindert verfügen, über diejenigen des folgenden Quartals nur unter der im Gesetz gedachten Bedingung. Diese Bedingung trifft hier bei der Zwangsverwaltung für das auf die Beschlagnahme folgende Quartal zu. Denn nach § 147 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 sind aus den erzielten Einkünften des Grundstücks die laufenden Abgaben, Leistungen und die Zinsen der eingetragenen Forderungen zu berichtigen. Dadurch hat das Gesetz den Realgläubigern einen Anspruch darauf gegeben, daß die Bezahlung der Zinsen von ihren Forderungen aus den bei regelmäßiger Verwaltung des Grundstücks gezogenen Einkünften desselben erfolgen soll. Wird ihnen dieses parate Befriedigungsmittel durch Dispositionen des Schuldners entzogen, so gereicht das zu ihrem Nachtheil, und sie sind nach § 31 des E.E.G. berechtigt, die Rechtsgültigkeit solcher Verfügungen ihnen gegenüber zu bestreiten. (Vgl. Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht 5. Aufl. § 199 Note 22a Bd. III. S. 534). Eine andere Auslegung des Gesetzes würde dahin führen, daß die Vorschrift des § 31 des E.E.G. vom Schuldner umgangen, und der Zweck des § 147 des Gesetzes vom 13. Juli 1883, bei der Zwangsverwaltung Abgaben, Leistungen und Zinsen aus den Einkünften des Grundstücks zu berichtigen, vereitelt werden könnte. Der Berufungsrichter hat deshalb mit Recht entschieden, daß die im November 1886 erfolgten Zessionen von Miethszinsen an den Kläger der Beklagten zum Nachtheile gereichen, mithin der Rechtsgültigkeit ihr gegenüber entbehren, und daß die im 1. Quartal 1887 vereinnahmten Miethszinsen der Beklagten als der ersten Hypothekengläubigerin gebühren. Damit erledigt sich der auf Verletzung des § 31 des E.E.G. gestützte Angriff.

---

§ 91.

1. Von welchen Bedingungen hängt die Eintragung einer Vormerkung auf Grund des § 70 E.E.G. ab?
2. Beschränkt sich der im § 972 A.L.R. I. 11 dem Werkmeister gegebene Titel zum Pfandrecht auf die von ihm gelieferten Arbeiten? oder haftet ihm das ganze Werk?
3. Unterschied zwischen Werkverdingung und Dienstmiethe. Erfordert der Werkverdingungsvertrag die Festsetzung einer Gesammtvergütung? Steht der Annahme desselben entgegen, daß der Werkmeister die Materialien zum Theil geliefert hat?

A.L.R. I. 11 §§ 925 ff., 942, 957.

Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 9. November 1887 in Sachen K. u. Gen., Beklagten, wider B., Kläger. V. 236/87.)

Die Revision der Beklagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Naumburg ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Nach § 70 Grunderwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 hat der Prozeßrichter auf den Antrag einer Partei die Eintragung einer Vormerkung beim Grundbuchrichter nachzusuchen, wenn ihm der Anspruch oder das Widerspruchsrecht, welche durch die Vormerkung gesichert werden sollen, glaubhaft gemacht sind. Die Vermittelung des Prozeßrichters findet nur als Ausführung einer einstweiligen Verfügung nach den Vorschriften der C.P.O. statt. Dem Berufungsrichter ist darin beizutreten, daß für den Inhalt des Gesuchs allein der erwähnte § 70 maßgebend sei, und sich insbesondere der im § 814 C.P.O. für den Erlaß der einstweiligen Verfügung geforderte Nachweis erübrigt, daß die Besorgniß vorhanden sei, es könne durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts der Partei vereitelt und wesentlich erschwert werden. Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 11 S. 279. — Auch darin ist dem Berufungsrichter zuzustimmen, daß die Anwendung des § 70 Grunderwerbsgesetzes Ansprüche voraussetzt, mit denen ein Titel zur Eintragung verbunden ist. — Es ergiebt sich hieraus, daß die vom Amtsgericht erlassene einstweilige Verfügung aufrecht zu erhalten ist, wenn der Kläger seinen Anspruch auf Zahlung von 7464 M. glaubhaft gemacht und gleichzeitig einen Titel zum Pfandrecht dargelegt hat.

Außer Streit ist die Leistung der Maurerarbeiten, sowie die Bestellung derselben seitens des F. Dem Kläger steht daher gemäß § 942 A.L.R. I. 11 eine vom Richter zu bestimmende angemessene Vergütung zu. Wenn der Berufungsrichter den vom Kläger ange-

vom 7. März d. J. für glaubhaft gemacht ansieht, so bewegt sich seine Entscheidung auf dem Gebiet der Thatfrage und ist mangels eines erkennbaren Rechtsirrthums der Revision nicht zugänglich.

Namentlich kann ihm daraus kein Vorwurf gemacht werden, daß er die endgültige Feststellung des Preises zum Hauptverfahren verweist. Die Revision, die hieraus einen Angriff entnimmt, verwechselt die bloße Glaubhaftmachung des Anspruchs mit dem Beweise desselben.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt hiernach lediglich von Beantwortung der Frage ab: ob dem Kläger ein Titel zum Pfandrecht zur Seite steht oder nicht? Die Beklagten suchen auszuführen, daß es sich nur um Bestellung einzelner Maurerarbeiten im Sinne der §§ 920 bis 924 A.L.R. I. 11 handele, für die das Gesetz einen Titel zum Pfandrecht nicht gewährt, während der Kläger das der Klage zu Grunde liegende Rechtsgeschäft als einen Vertrag über ein verdungenes Werk im Sinne der §§ 925 ff. a. a. O. ansieht und für seine Forderung deshalb einen Titel zur Eintragung in Anspruch nimmt. Der Berufungsrichter ist der Ausführung des Klägers beigetreten; der hiergegen erhobene Angriff der Revision ist unbegründet.

Das A.L.R. I. 11 bestimmt:

§ 971. Bei unbeweglichen Sachen hat der Werkmeister in Ansehung der darin verwendeten Materialien und Arbeiten ein in der Konkursordnung näher bestimmtes Vorrecht.

§ 972. Dieses Vorrecht kann er, solange der Konkurs noch nicht eröffnet ist, auf die Sache, auch ohne besondere Einwilligung des Schuldners eintragen lassen.

Die erstere Vorschrift hat durch Einführung der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 bereits ihre Bedeutung verloren; die letztere aber ist noch in Kraft und nur insofern durch das Grunderwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 modifizirt, als die definitive Eintragung der Bewilligung des Schuldners, bezw. seine rechtskräftige Verurtheilung voraussetzt, sonst jedoch die Eintragung in Form einer Vormerkung erfolgen darf, §§ 19, 22 a. a. O.

Wenn die Revision Verletzung des § 972 a. a. O. rügt, weil der Kläger sich „über die von ihm hergestellten Mauerwände hinaus an eine andere Sache, das Haus und die von Anderen zu demselben gelieferten Arbeiten“ halten wolle; so übersieht sie, daß dem preußischen Recht eine Hypothek an der bloßen Superfizies, geschweige denn an

inem Theile derselben nicht bekannt ist. Gestattet das Gesetz die Eintragung der auf das Grundstück gemachten Verwendungen in das Grundbuch, so hat er dem Werkmeister einen Titel zur Hypothek beigelegt, die das ganze Grundstück in allen seinen Theilen umfaßt.

Der Anspruch des Klägers auf Eintragung seiner Forderung auf ie Besitzung der Beklagten ist hiernach begründet, sofern anzunehmen, aß der von F. mit ihm geschlossene Vertrag als ein Werkverdingungsvertrag im Sinne des § 972 A.L.R. I. 11 anzusehen ist. Beide Vorderrichter haben diese Frage bejaht. Der Berufungsrichter führt unächst aus, daß die Vereinbarung der Parteien nur so verstanden verden könne, daß die Mauerwände entsprechend der Absicht der Kontrahenten als ein herzustellendes Ganze, als Produkt der Arbeitsthätigkeit des Klägers dasjenige waren, was er zu leisten übernahm und der Bauherr sich stipulirte. Diese Ausführung läßt klar erkennen, daß der Berufungsrichter im Gegensatz zur Dienstmiethe als das unterscheidende Merkmal des Werkverdingungsvertrags die Uebernahme eines bestimmten Arbeitsproduktes oder Arbeitsergebnisses gegen Vergütung ansieht und hierüber hauptsächlich den Willen der Kontrahenten entscheiden läßt. Ein Verstoß gegen den § 925 A.L.R. I. 11 st hierin nicht zu finden. Die Ausführung des Berufungsrichters steht vielmehr völlig im Einklang mit den Grundsätzen, welchen das Reichsgericht in konstanter Praxis bisher gefolgt ist, und von denen abzugehen keine Veranlassung vorliegt. Beizustimmen ist insbesondere dem Berufungsrichter auch darin, daß die Festsetzung einer Gesammtvergütung nicht zu den wesentlichen Erfordernissen des Verdingungsvertrages gehört. Der entgegengesetzten Ansicht, die von dem vormaligen preuß. Obertribunal in dem Urtheil vom 14. Juli 1866 (Strieth. Arch. Bd. 63 S. 307) vertreten wird, steht die Bestimmung des § 942 a. a. O. entgegen, die gerade für den Fall der fehlenden Preisverabredung Fürsorge trifft und dadurch zu erkennen giebt, daß diese für den Karakter des Vertrags nicht entscheidend ist. Man ist gegenwärtig in Theorie und Praxis darin einig, daß der im § 928 a. a. O. gebrauchte Ausdruck „in Pausch und Bogen" sich nur auf den Gegenstand der Verdingung, nicht aber auf die Festsetzung der Vergütung bezieht.

Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 10 S. 205; Jur. Wochschr. Bd. 12 S. 202; Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 15 S. 259; Dernburg Lehrb. Bd. 2 S. 565; Gruchot

Beitr. 13 S. 24; Koch Recht der Ford. Bd. 3 S. 989; Koch's Rechtsf. Bd. 2 S. 27 ff.

Auch darin ist dem Berufungsrichter beizutreten, daß der Umstand, daß der Besteller einen Theil der zum Bau verwandten Materialien geliefert hat, auf die Karakterisirung des Vertrages ohne Einfluß ist. Es ergiebt sich dies aus den Bestimmungen der §§ 925, 957 ff. A.L.R. I. 11, die gerade voraussetzen, daß der Besteller das Material beschafft hat. —

Auch darin ist dem Berufungsrichter beizustimmen, daß die nicht geschehene Eintragung des Eigenthums der beklagtischen Erben im Grundbuch dem Kläger nicht entgegengesetzt werden kann. Es mag die fehlende Eigenthumseintragung der Schuldner ein formelles Hinderniß für die Eintragnng bilden; aber die Rechtsgültigkeit der Vormerkung als solcher steht hier, wo es sich nur um die Rechtmäßigkeit der erlassenen Verfügung, nicht um ihre Ausführung und das dadurch bewirkte Realrecht handelt, nicht zur Entscheidung, und kann darum unerörtert bleiben, ob der Grundbuchrichter, als er der Requisition des Amtsgerichts stattgab, korrekt verfuhr oder nicht. Das Amtsgericht brauchte bei Erlaß der einstweiligen Verfügung auf das formale Hinderniß keine Rücksicht zu nehmen und konnte es der Partei überlassen, etwa vorhandene Anstände auf dem Wege des § 55 Grundbuchordnung zu beseitigen.

Nr. 92.

1. Haften der Amtsrichter und der Grundbuchführer solidarisch für die Folgen einer gesetzlich vorgeschriebenen, aber nicht erfolgten Benachrichtigung? G.B.O. § 121. Liegt dem Amtsrichter die Verpflichtung ob, die Ausführung der von ihm erlassenen Verfügungen in der Art zu überwachen, daß ihm ein Versehen bei derselben nicht entgehen kann?

2. Ist der Veräußerer eines Grundstücks, welcher sich dem Erwerber gegenüber zur Bewirkung der Löschung einer Hypothek verpflichtet hat, vor der Eintragung des Erwerbers als Eigenthümers zum Antrage auf Löschung berechtigt? E.E.G. § 58.

3. Findet die Vorschrift des A.L.R. I. 16 § 66 betreffend die Verzinsung vom Tage des ergangenen Urtheils auch dann Anwendung, wenn dem Beschädigten ein bestimmter Geldbetrag entzogen ist?

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 21. Februar 1889 in Sachen des Amtsrichters W. und des Gerichtssekretärs M., Beklagter, wider die K.'schen Eheleute, Kläger. IV. 312/88.)

Die Revision des Beklagten M. gegen das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Stettin ist zurückgewiesen. Auf die Revision

des Beklagten W. dagegen das gedachte Urtheil aufgehoben, und die Sache in die zweite Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe:

Zum Grunde der Klage ist eine Verschuldung der Beklagten in Ausübung ihrer Amtspflichten gemacht. Die Kläger, denen der Fleischer K. als verpflichtet zur Befreiung eines dem klagenden Ehemanne gehörigen Grundstücks von einer darauf eingetragenen Hypothek gegenüberstand, hatten gegen K. auf Verurtheilung desselben zur Hinterlegung der zur Befreiung des Grundstücks erforderlichen Geldsumme Klage erhoben. Die Löschung der Post hatte aber bereits vor Anstellung der Klage auf Antrag des K. stattgefunden. Die Kläger wurden deshalb in die Kosten des Rechtsstreites verurtheilt. Sie fordern gegenwärtig Erstattung der von ihnen gezahlten Kosten von den Beklagten und leiten gegen die letzteren den Vorwurf eines Versehens daraus her, daß dieselben unterlassen haben, den klagenden Ehemann als eingetragenen Eigenthümer des Bd. 9 Blatt 37 Nr. 450 im Grundbuche von Pölitz eingetragenen Grundstückes von der am 19. November 1885 erfolgten Löschung der daselbst für den Pastor H. eingetragen gewesenen Hypothek über 1500 M. früher als am 6. Dezember 1886 zu benachrichtigen. Das Berufungsgericht nimmt unter Bezugnahme auf die Feststellungen und Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urtheils an, daß dem Beklagten M. ein grobes Versehen insofern zur Last falle, als demselben nach § 43 der Grundbuchordnung die Ausführung der von dem Beklagten W. verfügten Benachrichtigung der Kläger von der Löschung obgelegen habe und er dieser Obliegenheit nicht nachgekommen sei, daß aber, soweit der Anspruch gegen den Beklagten W. gerichtet sei, ein grobes Versehen in der nicht gehörigen Ueberwachung der Ausführung seiner Verfügung gefunden werden müsse. Das Landgericht hat die Annahme eines Versehens auf die Nichtbefolgung der Bestimmung im § 121 der Grundbuchordnung gegründet, nach welcher das Grundbuchamt, gegenwärtig das Amtsgericht, verpflichtet sei, von einer im Grundbuche erfolgten Löschung den Betheiligten, zu denen immer der eingetragene Eigenthümer gehöre, Nachricht zu geben. Dazu bemerkt es, daß, wenn auch der beklagte Amtsrichter die Benachrichtigung der Löschung ordnungsmäßig verfügt haben sollte, es zu dessen Amtspflichten doch auch gehört haben würde, die Ausführung seiner Verfügungen zu überwachen, wie sich daraus ergebe, daß die von dem

klagte W. für die Ausführung seiner Verfügungen verhaftet. Das Landgericht führt weiter aus, die Haftungspflicht der Beklagten lasse sich nicht trennen. Beiden Beklagten gemeinschaftlich liege die Benachrichtigung ob. Beide seien also solidarisch für die Folgen ihrer Verschuldung verantwortlich. Es habe mithin zur Feststellung der Haftungspflicht des Beklagten M. nicht des Nachweises, daß die Benachrichtigung der Kläger von dem Beklagten W. verfügt worden sei, bedurft. Denn M. selbst habe neben dem Beklagten W. die Verpflichtung der Benachrichtigung der Kläger gehabt, und es würde ihm daher, wenn der Amtsrichter die Verfügung der Benachrichtigung unterlassen hätte, obgelegen haben, denselben auf die Unterlassung aufmerksam zu machen. Diese Ausführungen des Landgerichts hat sich das Berufungsgericht laut seiner Entscheidungsgründe angeeignet. Nur ist zu bemerken, daß das Berufungsgericht die Thatsache, daß der Beklagte W. die Benachrichtigung der Kläger von der erfolgten Löschung der Post verfügt habe, als unbestritten bezeichnet. Betreffs der Frage, ob das Versehen der Beklagten ein grobes oder ein mäßiges sei, nimmt das Landgericht an, daß die Beklagten als Grundbuchbeamte für ein jedes Versehen zu haften haben, und daß, wenn das Gesetz keinen Unterschied zwischen grobem, mäßigem und geringem Versehen mache, ein jedes Versehen eines Grundbuchbeamten als ein grobes anzusehen und zu beurtheilen sei. Es könne aber auch, da die Benachrichtigung der Kläger von der Löschung erst nach dem 6. Dezember 1886, also länger als ein Jahr nach der erfolgten Löschung, und nachdem von den Klägern auf Bewirkung der Löschung gegen den zur Herbeiführung der Löschung Verpflichteten Klage erhoben worden, geschehen sei, kein Zweifel darüber bestehen, daß die Beklagten ein grobes Versehen begangen haben.

Diese Entscheidungsgründe sind, wie die Beklagten richtig ausführen, nicht durchweg zutreffend. Wenn auch die Beklagten ein jedes Versehen, auch ein mäßiges und geringes, zu vertreten haben, so ist dies doch kein Grund, ein jedes Versehen in allen Fällen wie ein grobes anzusehen und zu beurtheilen. Es muß vielmehr auch in dem Falle, in welchem der Verpflichtete für jedes Versehen, auch für ein geringes, zu haften hat, eine Untersuchung des Grades des Versehens überall da vorgenommen werden, wo das Maß der Haftung von dem Grade des Versehens abhängt oder die Haftung dessen,

der ein Versehen begangen hat, bei dem Vorhandensein einer Verschuldung auch auf Seite des Beschädigten wegfällt. So liegt die Sache hier. Der Schaden, welchen die Kläger erlitten haben, ist ein mittelbarer Schaden, dessen Ersatz bei einem geringen Versehen des Beschädigers nicht gefordert werden kann. Und es ist eine Verschuldung auch des Beschädigten behauptet, welche, wenn der Beschädigte den Nachtheil durch Anstrengung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit vermeiden konnte, bei einem nur mäßigen oder geringen Versehen des Beschädigers die Schadensersatzpflicht ausschließt (§§ 15—21 A.L.R. I. 6). Allein die in Frage stehende, als unrichtig bezeichnete Ausführung des landgerichtlichen Urtheils enthält, auch wenn angenommen werden muß, daß sie im Berufungsurtheil Billigung gefunden hat, keinen Revisionsgrund. Denn das Berufungsgericht hat, ebenso wie das Landgericht, das Vorhandensein eines groben Versehens auch selbständig, nämlich ohne die Annahme desselben auf die Gleichstellung groben Versehens mit mäßigem und geringem zu gründen, festgestellt. Und es ist nicht ersichtlich, daß diese Feststellung von der unrichtigen Erwägung, daß ein jedes Versehen der Beklagten wie ein grobes beurtheilt werden muß, auch nur beeinflußt worden ist.

Unrichtig ist ferner der im landgerichtlichen Urtheile ausgesprochene Satz, nach welchem die Beklagten solidarisch für die Folgen der unterbliebenen Benachrichtigung der Kläger von der erfolgten Löschung der Post haften, wenn damit der Gedanke hat ausgedrückt werden sollen, daß eine als Ursache der unterbliebenen Benachrichtigung der Kläger anzusehende Verschuldung des einen der beiden Beklagten eine Haftung des anderen Beklagten begründen würde, auch wenn eine Verschuldung dieses Beklagten nicht vorläge. Von den Beklagten haftet jeder nur für die Folgen der eigenen Verschuldung. Und die Solidarität der Haftung der beiden Beklagten tritt nur dann ein, wenn einem jeden Verschuldung zur Last fällt, und der Schaden der Kläger durch ein Zusammenwirken der Verschuldung Beider herbeigeführt worden ist. Allein auch hier liegt, selbst wenn anzunehmen wäre, daß das Berufungsgericht sich den Ausführungen des Landgerichtes überall angeschlossen hätte, kein Revisionsgrund vor. Denn das Landgericht hat, ebenso wie das Berufungsgericht, auf Seite eines jeden Beklagten ein grobes Versehen in der Art festgestellt, daß dies Versehen auf Seite eines jeden Beklagten in dessen eigenem Verschulden gefunden worden ist. Es fragt sich also weiter, ob diese

In Ansehung des Beklagten M. wird das grobe Versehen darin gefunden, daß er die Verfügung des Amtsrichters, durch welche die Benachrichtigung der Kläger von der erfolgten Löschung angeordnet worden war, nicht ausgeführt hat. In dieser Annahme liegt weder die Verkennung des Rechtsbegriffs des groben Versehens, noch die Verletzung einer anderweiten Rechtsnorm. Dem Beklagten W. gegenüber wird ausgeführt, daß ein grobes Versehen in der unterlassenen Ueberwachung der Ausführung der erlassenen Verfügung gefunden werden müsse. Diese Annahme und die mit ihr in Verbindung stehenden Ausführungen des landgerichtlichen Urtheils, von denen anzunehmen ist, daß sie im Berufungsurtheil gebilligt werden, sind nicht geeignet, die bedingt ausgesprochene Verurtheilung des Beklagten W. vermöge der Feststellung eines groben Versehens zu begründen. Eine Verpflichtung des Amtsrichters, die von ihm erlassenen Verfügungen in der Art zu überwachen, daß ihm eine mangelhafte Ausführung derselben überall nicht entgehen kann, ist im Gesetze nicht begründet. Die Verletzung einer bestimmten Amtspflicht und das Vorhandensein einer daraus sich ergebenden Verschuldung, wie sie vorliegen würde, wenn der Amtsrichter bei Vorlegung der Expedition, die der Gerichtsschreiber in Ausführung der Verfügung des Amtsrichters zu entwerfen gehabt, in Folge mangelhafter Prüfung der Expedition übersehen hätte, daß der Entwurf eines Benachrichtigungsschreibens unterblieben wäre, ist nicht festgestellt. Aus diesen Gründen kann die Entscheidung des Berufungsgerichtes dem Beklagten W. gegenüber nicht aufrecht erhalten werden.

Die Beklagten haben der Klage den Rechtsbehelf entgegengesetzt, daß dem Kläger selbst eine grobe Verschuldung insofern zur Last falle, als von ihnen nicht vor Erhebung der am 29. November 1886 dem Fleischer K. zugestellten Klage Erkundigung auf dem Amtsgerichte darüber eingezogen worden sei, ob nicht die Löschung der Post inzwischen stattgefunden habe. Das Berufungsgericht hat den Einwand verworfen. Es führt aus, für die Kläger habe sowohl wegen der gesetzlichen Vorschrift des § 121 der Grundbuchordnung, als auch wegen der Vorschrift im § 92 derselben zur Zeit der Erhebung der in Frage stehenden Klage Grund vorgelegen, anzunehmen, daß der zur Befreiung des Grundstückes von der in Rede stehenden Hypothek verpflichtete Fleischermeister K. der Verpflichtung noch nicht entsprochen

habe. Begründet wird diese Ausführung mit dem Hinweise darauf, daß bis dahin der als alleiniger Eigenthümer des Grundstückes im Grundbuche eingetragene klagende Ehemann noch keinen Antrag auf Löschung der Post beim Amtsgerichte gestellt, noch eine amtliche Benachrichtigung von der etwa einseitig seitens des K. herbeigeführten Löschung erhalten habe. Mit Bezug hierauf führen die Beklagten aus, es sei bisher nicht behauptet worden, daß der Fleischer K. zu dem Löschungsantrage nicht befugt gewesen sei. Vielmehr sei von den Klägern selbst angenommen worden, daß K. die Befugniß zur Stellung dieses Antrages gehabt habe, da von ihm die Beklagten lediglich aus dem Unterbleiben der Benachrichtigung von der unterbliebenen Löschung in Anspruch genommen worden seien. Müsse aber angenommen werden, daß die Löschung auf den Antrag des K. ohne Zuthun der Kläger habe erfolgen dürfen, so sei darin, daß die Kläger vor Erhebung der Klage wider K. nicht bei dem Amtsgerichte Erkundigung darüber, ob die Löschung erfolgt sei, eingezogen haben, mit dem Landgerichte ein grobes Versehen der Kläger zu finden.

Dem Angriffe kann jedoch Folge nicht gegeben werden. Die Annahme des Berufungsgerichtes, daß die Löschung der Post nicht ohne den Antrag des klagenden Ehemannes als des eingetragenen Eigenthümers des Grundstücks hätte erfolgen können, ist gesetzlich begründet (§ 92 der Grundbuchordnung, § 58 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb). Auch der Veräußerer eines Grundstücks, welcher sich dem Erwerber gegenüber zur Bewirkung der Löschung einer Post verpflichtet hat, ist nach der Eintragung des Erwerbers als Eigenthümers ohne Vollmacht desselben nicht zum Antrage auf Löschung berechtigt (Turnau, Grundbuchordnung 4. Aufl. Bd. 1 S. 508 e, S. 513 Anm. zu § 58 des Gesetzes 1). Darnach konnten die Kläger —, wenn nicht etwa der Antrag auf Löschung schon im Voraus gestellt war, — nicht annehmen, daß die Löschung geschehen wäre, und daß sie ohne Antrag des klagenden Ehemannes geschehen würde. Und es kann ein grobes Versehen nicht darin gefunden werden, daß sie die Klage anstellten, ohne sich vorher bei dem Amtsgerichte nach dem Stande der Angelegenheit zu erkundigen. Sie waren in der Lage, anzunehmen, daß der klagende Ehemann von dem, was zu seiner Klaglosstellung zu geschehen hatte, in erster Reihe Nachricht erhalten würde. Aber auch wenn mit der Annahme gerechnet wird, daß die Kläger davon ausgegangen seien, die Löschung der Post könne ohne den Antrag des klagenden Ehemannes geschehen, — wie sie denn im

so ist das Vorhandensein eines groben Versehens auf Seite der Kläger vom Berufungsgerichte mit Recht verneint. Es liegt für diesen Fall in der Bezugnahme auf den § 121 der Grundbuchordnung ein selbständiger, rechtlich nicht zu beanstandender Entscheidungsgrund des Berufungsgerichtes in dem Sinne, daß, da die gesetzlich vorgeschriebene Benachrichtigung des Eigenthümers von der geschehenen Löschung nicht erfolgt war, die Kläger kein grobes Versehen begingen, wenn sie, ohne sich beim Amtsgerichte vorher zu erkundigen, annahmen, die Löschung sei noch nicht erfolgt und in dieser Annahme mit der Klaganstellung gegen den Fleischer K. vorgingen.

Die Beklagten haben endlich noch die Bestimmung des Zinsenpunktes durch die Berufung auf die Vorschrift im § 66 A.L.R. I. 16 angegriffen. Aber auch dieser Angriff kann keinen Erfolg haben. Die Vorschrift, nach welcher bei den Folgen unerlaubter Handlungen der nach Gelde festgesetzte Betrag der Entschädigung erst von dem Tage des ergangenen Urtheils an zu verzinsen ist, findet keine Anwendung, wenn dem Geschädigten mit der Handlung, deren Folgen in Frage stehen, ein bestimmter Geldbetrag entzogen ist. In einem solchen Falle bestimmt sich die Zinsenpflicht nach den allgemeinen Grundsätzen von den Folgen der Zögerung in der Zahlung schuldiger Geldbeträge.

Nr. 93.

Schenkungsstempel. Preuß. Ges. v. 30. Mai 1873 § 4 Abs. 2. Sind die für die prozentuale Abstufung des Stempels maßgebenden Verhältnisse zwischen dem Schenker und Beschenkten (Adoptivkindschaft) nach ihrem wirklichen Bestande oder nach den in der Urkunde darüber gemachten Angaben in Betracht zu ziehen?

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 28. März 1889 in Sachen des preuß. Fiskus, Beklagten, wider die Wittwe v. F., Klägerin. IV. 247/88.)

Auf die Revision des Beklagten ist das Urtheil des preußischen Oberlandesgerichts zu Stettin aufgehoben, und die Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweisende I. Urtheil zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Es handelt sich um den Stempel zu der gerichtlichen Urkunde vom 8. Dezember 1885, Inhalts welcher die Klägerin „dem Knaben Theodor Anton R., ihrem Adoptivsohn", ein zu Misdroy belegenes Grundstück im Werthe von 16000 M. mit dem Bemerken aufgelassen hat, daß sie dieses Grundstück ihrem Adoptivsohn unter der

Maßgabe schenke, daß solches, falls derselbe vor ihr versterben sollte, an sie bezw. die von ihr zu benennenden Personen zurückfalle. Die Klägerin, welche einen Stempel von 8 pCt. des Werths des Grundstücks hat entrichten müssen, hält nur einen solchen von 2 pCt. für gerechtfertigt und fordert im gegenwärtigen Rechtsstreit die mit Vorbehalt gezahlten 6 pCt. im Betrage von 960 M. zurück. In erster Instanz abgewiesen, hat sie in der Berufungsinstanz ein den Beklagten nach ihrem Antrage verurtheilendes Erkenntniß erlangt, gegen welches sich die Revision des Beklagten richtet. Diese mußte auch als begründet anerkannt werden. —

Dem Berufungsrichter ist unbedenklich darin beizupflichten, daß in der gedachten Verhandlung die Schenkung des Grundstücks an R. nicht, wie Klägerin geltend gemacht hat, historisch erwähnt, sondern im Sinne des § 4 Abs. 1 des Erbschaftssteuergesetzes vom 30. Mai 1873 (G.S. S. 329) beurkundet ist. Auch wird die hierdurch begründete Stempelpflichtigkeit nicht durch die beigefügte auflösende Bedingung modifizirt. Dies folgt zwar nicht aus § 20 des gedachten Gesetzes, welcher nach § 4 Abs. 2 das. auf Schenkungen keine Anwendung findet, wohl aber aus dem nach § 4 Abs. 3 daselbst auch für den Schenkungsstempel maßgebenden allgemeinen Grundsatze, daß Urkunden über bedingte Geschäfte dem nämlichen Stempel, wie die über unbedingte, unterworfen sind. —

Hiernach steht nur noch die Höhe des Stempels in Frage, welcher sich gemäß § 4 Abs. 2 des zitirten Gesetzes nach dem Tarif für die Erbschaftssteuer bemißt. Nach demselben sind zwei vom Hundert des Werths des Geschenks zu entrichten, wenn der Beschenkte Adoptivkind des Schenkers ist, und acht vom Hundert, wenn jener zu diesem in keinem der in dem Tarif unter A—C erwähnten Verhältnisse steht.

Der Berufungsrichter nimmt mit dem ersten Richter an, daß der zwischen der Klägerin und dem Knaben R. geschlossene Adoptionsvertrag wegen Mangels der Bestätigung seitens des zuständigen Amtsgerichts nichtig, der Beschenkte mithin Adoptivsohn der Schenkerin nicht gewesen sei. Von den sonstigen Fällen, welche der gedachte Tarif unter A—C aufführt, liegt unstrettig keiner vor, so daß also bei Anwendung des Tarifs unter D die von der Klägerin entrichteten 8 pCt. des Grundstückswerths mit Recht erhoben sein würden.

Gleichwohl gelangt der Berufungsrichter zur Verurtheilung des Beklagten durch die Annahme, daß für die Stempelpflichtigkeit der

für die darin enthaltenen, das Verwandtschaftsverhältniß zwischen der Geschenkgeberin und dem Geschenknehmer betreffenden Angaben gelte, durch welche letzterer wiederholt als Adoptivsohn der ersteren bezeichnet sei, ohne daß das Gegentheil aus der Urkunde hervorgehe.

Diese Ausführung verletzt, wie die Revision zutreffend rügt, den § 4 des Gesetzes vom 30. Mai 1873. Denn wenn danach auch nur beurkundete Schenkungen einer Werthstempelabgabe von dem Betrage derselben unterliegen (Abs. 1), so bestimmt sich doch der erforderliche Stempel nach den Vorschriften des Tarifs für die Erbschaftssteuer und den §§ 9 bis 19 des Gesetzes, wobei an Stelle der Verhältnisse des Erblassers bezw. des Erwerbers des Anfalls die Verhältnisse des Gebers bezw. des Beschenkten berücksichtigt werden (Abs. 2), und nur im Uebrigen finden auf die Werthstempelabgabe von Schenkungen die Bestimmungen wegen des Urkundenstempels Anwendung (Abs. 3).

Der Schenkungsstempel ist also keineswegs ein reiner Urkundenstempel, und insbesondere unterliegt es nach der Fassung des Gesetzes keinem begründeten Bedenken, daß die nach dem Erbschaftssteuertarif für die prozentuale Abstufung des Stempels maßgebenden Verhältnisse zwischen Schenker und Beschenktem nach ihrem wirklichen Bestande und nicht nach den darüber etwa in den Schenkungsurkunden gemachten Angaben der Betheiligten in Betracht zu ziehen sind. Dem entsprechend ist denn auch in den Motiven des Gesetzes ausdrücklich hervorgehoben, daß die Vorschriften über den Urkundenstempel maßgebend sein müßten, soweit es sich nicht um die Werthsermittelung und die Bestimmung des Betrages des zur Schenkungsurkunde erforderlichen Stempels handle. In der That lag für den Gesetzgeber, welcher gewissen, außerhalb des Schenkungsgeschäfts liegenden Qualitäten des Schenknehmers bestimmenden Einfluß auf die Abstufung des Stempelbetrages einräumen wollte, kein Motiv vor, um den hierauf bezüglichen urkundlichen Angaben der Betheiligten, auch im Widerspruch mit der Wirklichkeit, maßgebendes Gewicht beizulegen, da hierdurch doch nur ein leicht erkennbarer Antrieb zur Verkürzung des Fiskus durch wahrheitswidrige Angaben gewährt sein würde.

Beruht somit das Berufungsurtheil auf Verletzung des Gesetzes, so kommt es für die Entscheidung allein darauf an, ob zur Zeit der Beurkundung der Schenkung ein gültiges Adoptionsverhältniß

zwischen der Klägerin und dem Beschenkten bestand. Und dies haben die Vorderrichter mit Recht verneint, da dem Adoptionsvertrage die zu seiner Wirksamkeit unerläßliche Bestätigung des für dieselbe zuständigen Amtsgerichts Wollin, in dessen Bezirk die Klägerin ihren Wohnsitz hatte und noch hat, fehlt. (§ 667 A.L.R. II. 2, § 26 Abs. 2 Nr. 2 des preußischen Ausführungsgesetzes zum Deutschen Gerichts-Verfassungsgesetz vom 24. April 1878 — G.S. S. 230; Koch, Kommentar Note 37 zu § 200 A.L.R. I. 5; Förster-Eccius Theorie ꝛc. — 5. Aufl. Bd. IV. S. 129 Note 3; Dernburg, Preuß. Pr.-Recht Bd. III. (3. Aufl.) S. 196.) Ob der Adoptionsvertrag in der That nichtig ist, wie der Berufungsrichter angenommen hat, erscheint für die vorliegende Frage unerheblich, da er jedenfalls vor seiner Bestätigung das familienrechtliche Verhältniß der Adoption nicht zu erzeugen vermochte und dessen Existenz für die Berechnung des Stempels allein maßgebend ist. Ebenso kann dahingestellt bleiben, welchen Einfluß es auf die Stempelpflichtigkeit gehabt haben würde, wenn inzwischen der Adoptionsvertrag die Bestätigung des zuständigen Gerichts gefunden hätte, da dieser Fall, so weit die Thatbestände ergeben, nicht eingetreten ist. —

Mit Recht ist endlich von den Vorderrichtern für unerheblich erklärt, ob sich die Klägerin bei Aufnahme der Verhandlung vom 8. Dezember 1885 im Irrthum über die Gültigkeit der Adoption befunden habe und etwa aus diesem Grunde zur Anfechtung der Schenkung befugt sei. Denn es ist anerkannten Rechtens, daß die Stempelpflichtigkeit einer Urkunde durch die bloße Anfechtbarkeit des beurkundeten Geschäfts nicht aufgehoben wird.

Nr. 94.

Gesetz über die Anlegung ꝛc. von Straßen vom 2. Juli 1875 §§ 1, 7, 8. Sind die unter der Herrschaft dieses Gesetzes festgestellten Fluchtlinien als neue anzusehen, wenn sie mit den Fluchtlinien eines vor Erlaß desselben publizirten Bebauungsplanes übereinstimmen?

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 27. März 1889 in Sachen des Westend-Stettiner Bauvereins, Klägers, wider die Stadt Stettin, Beklagte. V. 309/88.)

Auf die Revision des Klägers ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Stettin aufgehoben, und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Berufungsrichter legt entscheidendes Gewicht darauf, daß nach dem Resultat der Beweisaufnahme der im Jahre 1876 — nach

Fluchtlinien enthält, wie der im Jahre 1863 publizirte, woraus folge, daß in dem hier vorliegenden Falle bezüglich des streitigen Terrains neue Fluchtlinien im Sinne des § 13 des Gesetzes vom 2. Juli 1875 durch den im Jahre 1876 veröffentlichten Plan nicht festgesetzt sind. Aus diesem Grunde hat der Berufungsrichter die Anwendbarkeit des gedachten Gesetzes auf den vorliegenden Fall verneint.

Die aus der festgestellten Thatsache gezogene Folgerung ist aber rechtsirrthümlich. Die unter der Herrschaft, in Beobachtung der Formen des Gesetzes vom 2. Juli 1875 (§§ 1, 7, 8) festgesetzten Fluchtlinien sind stets als neue Fluchtlinien im Sinne dieses Gesetzes anzusehen, gleichviel ob schon vorher in der betreffenden Ortschaft ein Bebauungsplan bestanden hat, oder nicht. Das Bestehen eines solchen Planes, auch wenn derselbe in irgend einer Art veröffentlicht war, hindert die Gemeinden nicht, einen neuen Bebauungsplan oder auch den bestehenden von Neuem aufzustellen und in der in den §§ 1—8 des Gesetzes vorgeschriebenen Art förmlich festzustellen, um dadurch für die Zukunft derjenigen Erleichterungen theilhaft zu werden, welche das Gesetz den Gemeinden in der Verpflichtung zur Herstellung und Unterhaltung der öffentlichen Straßen und Plätze gewährt. Der demgemäß nach den Vorschriften des Gesetzes festgestellte Bebauungsplan ist ein neuer und die durch denselben festgesetzten Fluchtlinien sind im Sinne des Gesetzes neue, auch wenn sie mit dem früheren Plan ganz oder theilweise übereinstimmen. Ist letzteres der Fall, so ist das ein zufälliger Umstand, die Uebereinstimmung ist eine rein äußerliche; entscheidend ist, daß die rechtliche Grundlage des neuen, nach einem gesetzlich geregelten Verfahren festgestellten Bebauungsplanes und des durch diesen beseitigten früheren Bebauungsplans eine verschiedene ist. (Die weiteren Gründe interessiren nicht).

Nr. 95.

Ist der Grundsatz des gemeinen Rechts, wonach keine Vermuthung dafür besteht, daß ein Verschollener bis zum Ablauf des 70. Jahres gelebt hat, durch § 83 Abs. 3 der preuß. Vorm.-O. vom 5. Juli 1875 aufgehoben?

(Urtheil des Reichsgerichts (III. Civilsenat) vom 1. März 1889 in Sachen B. u. Gen., Beklagter, wider B. u. Gen., Kläger. III. 294/88.)

Die Revision der Beklagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Kiel ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat aus zutreffenden Gründen angenommen, daß gemeinrechtlich keine Vermuthung dafür bestehe, daß ein Verschollener bis zur Vollendung des 70. Lebensjahres gelebt habe. Da dieser auch vom Reichsgericht bereits wiederholt ausgesprochene Satz von den Revisionsklägern nicht zum Gegenstand eines besonderen Angriffs gemacht worden ist, so genügt es, in dieser Beziehung auf die Gründe des angefochtenen Urtheils zu verweisen. Auch sind die von dieser gemeinrechtlichen Grundlage aus für den vorliegenden Fall vom Berufungsgericht angenommenen rechtlichen Folgen nicht zu beanstanden.

Die Revisionskläger bestreiten aber die Anwendbarkeit des gemeinen Rechts, weil dasselbe nach ihrer Meinung durch die Bestimmung im § 83 Abs. 3 der preuß. Vorm.-O. vom 5. Juli 1875, nach welcher der Vormund eines Abwesenden befugt ist, für denselben Erbschaften nach Maßgabe des § 50 der Vorm.-O. anzutreten, abgeändert sei. Diese Annahme ist indeß nicht zutreffend. Aus der Bestimmung des § 83 Abs. 3 läßt sich nur ableiten, daß wenn einem Abwesenden eine Erbschaft deferirt wird, der für ihn bestellte Vormund dieselbe antreten darf. Darüber aber, ob und wann anzunehmen ist, daß die Erbschaft einem Abwesenden deferirt ist, trifft die Vorm.-O. keine Bestimmung. Die Vorschrift des § 83 Abs. 3 hat daher praktische Bedeutung nur für die Fälle, in welchen einem nicht verschollenen Abwesenden ein Vormund bestellt ist, und für Verschollene in denjenigen Rechtsgebieten, in welchen, wie z. B. im Gebiete des A.L.R., eine Lebensvermuthung besteht. Für diejenigen gemeinrechtlichen Gebiete dagegen, in welchen, wie nach der insoweit irrevisibelen Feststellung des Berufungsgerichts in Hannover und Schleswig-Holstein, nicht partikularrechtlich eine Lebensvermuthung eingeführt ist, hat die mehrgedachte Vorschrift nur unter der Voraussetzung eine Bedeutung, daß die Delation der Erbschaft oder mit anderen Worten die Thatsache nachgewiesen ist, daß der Abwesende, welcher im Fall seines Lebens zum Erben berufen wäre, den Erblasser überlebt hat.

---

wesenden Angeschuldigten in vermögensrechtlichen Prozessen zu vertreten. (Urtheil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 13. Mai 1889 in Sachen des Anton U., vertreten durch den Pfleger W., Beklagten, wider K., Kläger. VI. 71/89.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des bayerischen Oberlandesgerichts zu München ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Für den Beklagten Anton U., welcher klagegemäß vom bayrischen Landgerichte Passau unterm 27. Juni 1888 verurtheilt worden war, an den Kläger 1600 M. nebst 6 pCt. Prozeßzinsen hieraus zu bezahlen, ist gegen das, seine Berufung zurückweisende Urtheil des bayrischen Oberlandesgerichtes München vom 18. Januar 1889 Revision eingewendet.

Entscheidungsgründe:

Vor der Klagestellung ist gegen den aus Anlaß einer strafrechtlichen Untersuchung flüchtig gegangenen Beklagten im Hinblick auf die §§ 332 ff. Str.P.O. die Beschlagnahme seines in Deutschland befindlichen Vermögens beschlossen, und in Folge dessen auf Grund des § 334 a. a. O. durch rechtskräftigen Beschluß des bayrischen Amtsgerichts Passau der Kaufmann Carl W. als Pfleger zur Vertretung des Beklagten bei dessen Vermögensangelegenheiten ernannt und verpflichtet worden. Diesem ist sowohl die gegenwärtige Klage als auch schon vorher ein zur Sicherung der eingeklagten Schadensersatzansprüche vom Kläger erwirkter Arrestbeschluß zugestellt worden. Der Klage wurde von beklagter Seite zunächst der Einwand entgegengesetzt, der Pfleger Carl W. sei zur Sache passiv nicht legitimirt. Derselbe sei überhaupt nicht befugt, Anton U. in vermögensrechtlicher Beziehung passiv zu vertreten; er sei lediglich Kurator über das in Beschlag genommene Vermögen, nicht aber Kurator des Beklagten Anton U., und werde daher schon aus diesem Grunde die Klageabweisung beantragt.

Die Vorinstanzen haben diesen Einwand verworfen, das Berufungsgericht mit folgender Begründung: Beklagter habe das Recht verloren, über das mit Beschlag belegte Vermögen zu verfügen. Er sei daher in Bezug auf dieses Vermögen als prozeßunfähig zu betrachten, wobei noch in Betracht komme, daß Kläger auf einen Theil dieses Vermögens Arrest erwirkt habe, und sohin dieses Vermögens-

objekt einen Gegenstand des Prozesses bilde. Der gemäß § 334 Abs. 2 Str.P.O. und Art. 94 Abs. 1 des bayrischen Ausführungsgesetzes zur C.P.O. für den Beklagten zur Vertretung bei dessen Vermögensangelegenheiten bestellte Pfleger habe gemäß Art. 99 Abs. 2 des zit. Ausführungsgesetzes die Rechte eines Vormundes in Ansehung der Vermögensverwaltung. Da U. in Bezug auf das beschlagnahmte Vermögen prozeßunfähig sei, so erscheine der zur Verwaltung dieses Vermögens aufgestellte Güterpfleger in Bezug auf dasselbe als gesetzlicher Vertreter des U. und habe gemäß Art. 99 Abs. 1 a. a. O. das Recht, für denselben vermögensrechtliche Prozesse zu führen. Seine Befugnisse seien die eines curator absentis nach Civilrecht; nach bayrischem Landrecht Theil I Kap. 7 § 39 habe der curator absentis dieselben Befugnisse, wie der curator minoris, prodigi oder insani, folglich auch die, den Kuranden in Prozessen über Vermögensangelegenheiten zu vertreten.

Gegen diese Ausführungen richtet sich der Hauptangriff der Revision, jedoch ohne Erfolg. Es kann dahingestellt bleiben, ob das mit Arrest belegte Vermögensstück des Beklagten einen Gegenstand des vorwürfigen Prozesses bilde; denn wenn auch in dieser Beziehung die Anschauung des Berufungsgerichtes zu Bedenken Veranlassung geben sollte, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß auch Ansprüche aus persönlichen Verpflichtungen, welche dem Kreise des Obligationenrechtes angehören, das Vermögen des Verpflichteten berühren, und daß Klagen aus solchen Rechtsverhältnissen, welche bei inländischen Gerichten angebracht sind, den Zweck verfolgen, den Vollzug des Urtheils zunächst im Inlande auf das mit Beschlag belegte Vermögen herbeizuführen.

Vergl. das vom Berufungsgerichte allegirte Urtheil des Reichsgerichts vom 23. Mai 1884, abgedruckt in den Entscheidungen Bd. XI. S. 188—190.

Dafür, daß Kläger diesen, und zunächst nur diesen Zweck verfolgt, konnte der zweite Richter auf den vom Kläger ausgebrachten Arrest Bezug nehmen.

Nachdem nun Beklagter das Recht verloren hat, über sein in Deutschland befindliches Vermögen unter Lebenden zu verfügen, also auch einen dieses Vermögen berührenden Vergleich einzugehen oder ein Anerkenntniß zu erklären, welches von Folgen für jenes Vermögen sein sollte, ebenso durch Prozeßhandlungen dem Schicksale eines auf Befriedigung aus diesem Vermögen abzielenden

inländischen Gerichten — § 51 C.P.O. — ohne Weiteres.

Vgl. das allegirte Reichsgerichtsurtheil.

Insofern daher in § 334 Str.P.O. die Anordnung einer Güterpflege für den abwesenden Angeklagten vorgesehen ist, hat der Gesetzgeber offenbar auch die Vertretung des Abwesenden in Prozessen der obenerwähnten Artikel in's Auge gefaßt; jedenfalls ist in § 334 Abs. 2 zum Ausdruck gelangt, daß die dort verordnete Güterpflege einer gewöhnlichen Abwesenden-Kuratel nach Maßgabe der Landesgesetze gleichzuachten. Daß aber nach den bayrischen Landesgesetzen der curator absentis befugt sei, für den Abwesenden vermögensrechtliche Prozesse zu führen, hat der Berufungsrichter in Anwendung irrevisiblen Rechtes ohne Verletzung revisibler Rechtsnormen ausgeführt. Erscheint demnach Carl W. bezüglich des vorwürfigen Streitverhältnisses als gesetzlicher Vertreter des Beklagten, so konnte auch die Klage demselben nach § 157 C.P.O. gültig zugestellt werden, und war insbesondere eine weitere Zustellung an den Beklagten selbst nicht erforderlich.

Vergl. a. a. O. S. 190. — (Die weiteren Gründe interessiren nicht.)

Nr. 97.

Schreibgebühren im Beschwerdeverfahren. Ist der vom zweiten Richter zur Tragung der Kosten Verurtheilte verpflichtet, die Schreibgebühr sowohl für die ihm ertheilte Ausfertigung des Beschlusses, als auch für die zu den Akten erster Instanz gegebenen Abschrift desselben zu tragen?

Ger.Kost.Ges. v. 18. Juni 1878 § 80.

(IV. Civilsenat. B. IV/4. 89.)

Beschluß.

In Sachen des früheren Oberlandesgerichtsassessors Julius Theodor F.

wider

den Königlich preußischen Justizfiskus,

hat das Reichsgericht, vierter Civilsenat, in der Sitzung vom 13. Mai 1889 auf die Beschwerde des Oberstaatsanwalts des preußischen Kammergerichts zu Berlin, gegen den Beschluß des achten Civilsenats dieses Gerichts vom 6./9. März 1889 beschlossen: der angefochtene Beschluß wird aufgehoben; die Erhebung der Schreibgebühr für die dem Gerichtsschreiber des Landgerichts I. zu Berlin

rtheilte beglaubigte Abschrift des Beschlusses des Kammergerichts vom 16. Januar 1889 wird für gerechtfertigt erklärt; die Kosten des Beschwerdeverfahrens bleiben außer Ansatz.

Gründe:

Der frühere Oberlandesgerichtsassessor Julius Theodor F. hat dem Landgerichte I zu Berlin eine Entschädigungsklage gegen den Königlich preußischen Justizfiskus zur Terminsbestimmung eingereicht und zugleich beantragt, ihm einen Rechtsanwalt zur Wahrnehmung seiner Rechte zu bestellen. Beide Anträge hat das Landgericht durch Beschluß zurückgewiesen. Die gegen diese Entscheidung von dem Kläger erhobene Beschwerde ist durch den Beschluß des Kammergerichts vom 16. Januar 1889 zurückgewiesen worden.

Der Gerichtsschreiber des Kammergerichts hat eine Ausfertigung dieses letzteren Beschlusses dem Beschwerdeführer zugestellt, eine beglaubte Abschrift des Beschlusses aber der Gerichtsschreiberei des Landgerichts unter Beifügung der von dieser eingereichten Akten und der Beschwerde mitgetheilt und in der Kostenrechnung unter Annahme eines Werths des Streitgegenstandes von 99 M. in Ansatz gebracht:

1. Gebühr für die in der Beschwerdeinstanz ergangene Entscheidung gemäß § 45 des Gerichtskostengesetzes vom 18. Juni 1878	1 M. 40 Pf.
2. Schreibgebühren für eine Ausfertigung und eine Abschrift des Beschlusses 18 Seiten à 10 Pf.	1 M. 80 Pf.
Zusammen:	3 M. 20 Pf.

Gegen die Erhebung der Schreibgebühr für die dem Landgerichte mitgetheilte Abschrift des kammergerichtlichen Beschlusses ist der Kläger bei dem Kammergerichte vorstellig geworden, und das letztere hat unter dem 6./9. März 1889 beschlossen, daß die für die Abschrift des Beschlusses vom 16. Januar 1889 in Rechnung gestellte Schreibgebühr von 90 Pf. niederzuschlagen.

Gegen diese Entscheidung hat in Vertretung der Staatskasse der Oberstaatsanwalt des Kammergerichts Beschwerde mit dem Antrage erhoben:

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und den durch den Gerichtsschreiber erfolgten Ansatz von 90 Pf. Schreibgebühr für die dem

In dem Kammergerichtlichen Beschlusse vom 6./9. März 1889 ist die Unzulässigkeit der Erhebung von Schreibgebühren für diese Abschrift durch die Bezugnahme auf § 80a Ziffer 1 des Gerichtskostengesetzes motivirt.

Diese Vorschrift lautet:

> 1. für die von Amtswegen anzufertigenden Ausfertigungen und Abschriften in den Fällen der §§ 4, 6, 16, 45, 47, 57, sofern in denselben keine Gebühren zu erheben sind.

Die Vorschrift enthält eine der durch das Reichsgesetz vom 29. Juni 1881 (R.G.Bl. S. 178) eingeführten Abänderungen des Gerichtskostengesetzes. Das letztere hatte bereits im § 47 für eine Reihe von Fällen Gebührenfreiheit, nicht aber Freiheit von Auslagen gewährt und es erschien, wie in der Begründung des Entwurfs der Novelle

> Nr. 93 S. 4 und S. 11 der Drucksachen des Reichstags, 4. Legislatur-Periode, IV. Session 1881

hervorgehoben ist, angemessen, für solche Fälle die Schreibgebühren insoweit in Fortfall zu bringen, als es sich um von Amtswegen anzufertigende Ausfertigungen und Abschriften handelt, namentlich also dann, wenn ein unter § 47 des Gerichtskostengesetzes fallender Beschluß nach § 294 Abs. 3 C.P.O., lautend:

> Nicht verkündete Beschlüsse des Gerichts und nicht verkündete Verfügungen des Vorsitzenden und eines beauftragten oder ersuchten Richters sind den Parteien von Amtswegen zuzustellen —

von Amtswegen zugestellt werden muß. Bei der zweiten Berathung des Entwurfs im Reichstage wurden dem § 47 die Fälle der §§ 4, 6, 45, 57 hinzugefügt.

> Vergl. Drucksachen des Reichstags, 4. Legislatur-Periode, IV. Session 1881, Nr. 164 S. 10, 11.

Der Beschluß des Kammergerichts vom 16. Januar 1889 betraf keinen der Ausnahmefälle des § 80a Ziffer 1 des Gerichtskostengesetzes; er enthält zwar eine Entscheidung in der Beschwerdeinstanz, also einen Fall des § 45 dieses Gesetzes, indessen, da die Beschwerde zurückgewiesen worden ist, einen Fall, in welchem nach dieser Vorschrift Gebühren zu erheben waren. Auf § 80a Ziffer 1 des Gerichtskostengesetzes ist sonach der angefochtene Beschluß nicht zu stützen.

Maßgebend ist vielmehr die Regel des § 80, wonach Schreibgebühren für Ausfertigungen und Abschriften erhoben werden. Aus § 1 in Verbindung mit § 80 des Gerichtskostengesetzes ergiebt sich, daß Schreibgebühren nur für Ausfertigungen und Abschriften zu erheben, welche nach der Civilprozeßordnung, Strafprozeßordnung und Konkursordnung zu ertheilen sind. Ausfertigungen und Abschriften werden von Amtswegen und auf Antrag angefertigt. Die Ertheilung der Ausfertigung des Beschlusses vom 16. Januar 1889 beruht auf der erwähnten Vorschrift des § 294 C.P.O. Für die Ertheilung der der Gerichtsschreiberei des Landgerichts mitgesandten Abschrift fehlt es an einer ausdrücklichen Vorschrift. Die Bestimmung des § 506 Abs. 2 C.P.O., daß nach Erledigung der Berufung die Akten dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz nebst einer beglaubten Abschrift des erlassenen Urtheils zurückzusenden, findet nach § 529 C.P.O. auf die Revision entsprechende Anwendung. Dagegen ist für das Rechtsmittel der Beschwerde eine entsprechende Anwendung nicht vorgeschrieben. Indessen die Beschwerde des Oberstaatsanwalts macht geltend, die Mittheilung einer Abschrift des in der Beschwerdeinstanz ergangenen Beschlusses erscheine auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift erforderlich, weil die Akten erster Instanz ein vollständiges einheitliches Bild des gesammten Verfahrens gewähren sollen. — Dem ist beizutreten. Die Gründe, welche den Gesetzgeber zu der Anordnung der Ertheilung einer Abschrift des Berufungs- und des Revisionsurtheils in den §§ 506, 529 C.P.O. veranlaßt haben, gelten wesentlich auch für die Ertheilung einer Abschrift der Beschwerdeentscheidung; es ist auch hier durch das sachliche Interesse geboten, daß die Akten erster Instanz vollständige Auskunft geben. Die Erhebung der Schreibgebühr ist aber nach dem Gerichtskostengesetze (§§ 1, 80) als gerechtfertigt zu erachten, gleichviel, ob die Ertheilung der Abschrift in dem Gesetze vorgeschrieben oder von dem Gerichte von Amtswegen angeordnet ist. In gleicher Weise hat das Reichsgericht bereits in der Entscheidung vom 10. April 1883 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 11 S. 410) sich ausgesprochen.

Nr. 98.

Bleibt die Verpflichtung zur Zahlung der Vorschüsse, welche von einer Prozeßpartei wegen Vornahme von Handlungen, mit welchen baare Aus-

(Reichsgericht, IV. Civilsenat B. 13/89.)

Beschluß.

In Sachen der verehelichten Ausgedinger St., Klägerin und Berufungsklägerin,

wider

ihren Ehemann, Beklagten und Berufungsbeklagten,

hat das Reichsgericht, vierter Civilsenat, in der Sitzung vom 28. März 1889 auf die weitere Beschwerde des Oberstaatsanwalts des preußischen Kammergerichts zu Berlin vom 25. Januar 1889 gegen den Beschluß des Kammergerichts beschlossen:

der Beschluß des preußischen Kammergerichts zu Berlin vom 4. Januar 1889 wird insoweit, als in demselben der Beschwerde der Klägerin gegen den Beschluß des Landgerichts zu Guben vom 1. Dezember 1888 entsprechend die Einstellung der Pfändung beschlossen und der Staatskasse die Hälfte der Kosten auferlegt ist, aufgehoben, und die Beschwerde der Klägerin gegen den vorgenannten Beschluß des Landgerichts gänzlich als unbegründet zurückgewiesen; die Kosten werden der Klägerin zur Last gelegt.

Gründe:

Die Klägerin hatte, weil ihre beim Landgericht zu Guben erhobene Erinnerung durch Beschluß vom 1. Dezember 1888 für unbegründet erachtet war, beim Kammergericht darüber Beschwerde geführt, daß in ihrem Ehescheidungsprozeß, in welchem auf ihre Berufung der Beklagte rechtskräftig kostenpflichtig verurtheilt ist, nachträglich, nachdem die Zwangsvollstreckung wegen der Kosten gegen den Beklagten erfolglos gewesen war, die Kassenverwaltung gegen sie wegen des Gebührenvorschusses für die Berufungsinstanz von 55 M. und wegen der durch die von ihr beantragte und vom Gericht bewirkte Beweisaufnahme erster und zweiter Instanz erwachsenen baaren Auslagen von 12 M. 65 Pf. und 42 M. 60 Pf., zusammen 55 M. 25 Pf., Ansprüche geltend gemacht und die Pfändung einer ihr gehörenden Forderung veranlaßt habe. Das Kammergericht hat durch Beschluß vom 4. Januar d. J. die von der Kasse veranlaßten Maßnahmen in Höhe der 55 M. Gebührenvorschuß, weil dieser bereits vor der Verurtheilung des Beklagten von der Klägerin eingefordert sei, für gerecht-

ertigt erklärt, wegen der 55 M. 25 Pf. baare Auslagen aber aufgehoben, weil ein Vorschuß für baare Auslagen im Prozeß von der Klägerin nicht erfordert worden sei und nachträglich, nachdem die Kosten durch Urtheil rechtskräftig dem Beklagten auferlegt seien, von der Klägerin nicht erfordert werden könne, da der Betrag jetzt nicht mehr als Vorschuß, sondern als Theil der Kosten, für welche der Beklagte haften müsse, gefordert werde. Die gegen diese Entscheidung mit dem Antrage, die Vollstreckungsmaßregeln der Kasse auch hinsichtlich der 55 M. 25 Pf. baare Auslagen für gerechtfertigt zu erklären, eingelegte weitere Beschwerde des Oberstaatsanwalts erscheint begründet.

Nach § 84 des Gerichtskostengesetzes vom 18. Juni 1878 ist außer dem Gebührenvorschuß (§§ 81—83) bei jedem Antrag auf Vornahme einer Handlung, mit welcher baare Auslagen verbunden sind, ein zur Deckung derselben hinreichender Vorschuß von dem Antragsteller zu zahlen und nach § 90 daselbst bleibt die Verpflichtung zur Zahlung der vorzuschießenden Beträge (§§ 81—85) bestehen, wenn auch die Kosten des Verfahrens einem Anderen auferlegt oder von einem Anderen übernommen sind. Das Gesetz hat also ganz allgemein, ohne die Beschränkung, daß der Vorschuß im Laufe des Prozesses auch eingefordert sein müßte, denjenigen, welcher die Vornahme der mit baaren Auslagen verbundenen Handlung beantragt hat, zur Zahlung des zur Deckung dieser Auslagen hinreichenden Betrages für verpflichtet erklärt und diese Verpflichtung als eine so selbständige hingestellt, daß sie trotz anderweitiger Entscheidung oder Abmachung über die Kostenpflicht bestehen bleibt. Liegt hiernach der Rechtsgrund der Verpflichtung allein in dem Antrage und bezeichnet das Gesetz die unterlassene Einforderung des Vorschusses während des Prozesses nicht als einen Grund für die Aufhebung dieser Verpflichtung, so ist die Nichteinforderung des Vorschusses während des Prozesses ohne Einfluß auf diese Verpflichtung. Daß, wie die kammergerichtliche Entscheidung hervorhebt, ein Vorschuß begrifflich nur im Voraus, nicht aber hinterher als ein Theil der einem Anderen auferlegten Kosten eingefordert werden könne, ist nicht zutreffend. Die durch den Antrag begründete Verpflichtung bestimmt sich ihrem Umfang nach durch die wirklich in Folge des Antrags aufgewendeten Auslagen; in dieser Höhe bleibt die Verpflichtung bestehen, und ebenso wie die Zurückzahlung des von dem Vorschußpflichtigen gezahlten Mehrbetrages erfolgt, ist die Nachzahlung des vorher zu wenig eingeforderten oder,

Gerichtskostengesetzes lassen auch keinen Zweifel darüber, daß man die Einforderung der Vorschüsse dem Ermessen der Gerichte überlassen, ohne Rücksicht auf die erfolgte Einforderung aber eine selbständige Verpflichtung des Vorschußpflichtigen in Höhe der vorzuschießenden Beträge gesetzlich festsetzen wollte. Von derselben Auffassung geht auch die preußische Instruktion für die Verwaltung der Kassen bei den Justizbehörden vom 1. Dezember 1884 aus; denn sie bestimmt im § 14 Nr. 3, daß zur Deckung der baaren Auslagen ein Vorschuß nur zu erheben sei,

a) wenn die Erhebung richterlich angeordnet sei (§ 344 der Civilprozeßordnung, § 84 Abs. 3, § 85 Abs. 5, § 97 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes),
b) wenn die Auslagen voraussichtlich den Betrag von 30 M. übersteigen würden,
c) wenn die Auslagen bei einer Deutschen Gesandtschaft, einem Deutschen Konsulate oder einer nichtdeutschen Behörde entständen,
d) wenn die Besorgniß eines Verlustes vorliege;

und hebt unter Nr. 4 ausdrücklich hervor, daß die gesetzliche Verpflichtung zur Zahlung der vorzuschießenden Beträge durch die vorstehenden Anordnungen nicht berührt werde.

Nr. 99.

Gebühren-O. f. Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 § 13 Nr. 4. Können Gebühren für die Beweisaufnahme gefordert werden, wenn das Gericht das Beweisverfahren angeordnet und einen Termin zur Eidesleistung angesetzt hat, aber mit der Beweiserhebung nicht begonnen ist?

B. IV. 86/88.

Beschluß.

In Sachen des Gastwirths Karl W. zu Hagen, Klägers,
wider
den Fabrikanten Wilhelm F. daselbst, Beklagten,

hat das Reichsgericht, fünfter Civilsenat, in der Sitzung vom 29. September 1888 auf die weitere Beschwerde des Klägers vom 4./17. August 1888 gegen den Beschluß des preuß. Oberlandesgerichts zu Hamm vom 9. Juli 1888 beschlossen:

Der Beschluß wird aufgehoben, und die Beschwerde des Justiz-

raths G., des Vertreters des Beklagten, gegen den Beschluß des Landgerichts zu Hagen vom 21. Juni 1888 zurückgewiesen.

Gründe:

Der Kläger ist in seiner Prozeßsache wider den Fabrikanten F. zu Hagen rechtskräftig zu den Prozeßkosten verurtheilt. Die vorliegende Beschwerde betrifft die Frage, ob dem Prozeßvertreter des Beklagten Beweisgebühren gemäß §§ 13 Nr. 4 und 17 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 zustehen. Der angefochtene Beschluß giebt den Akten entsprechend das Sachverhältniß in folgender Weise an.

Auf die Einrede des Beklagten, daß er das Ausschlußurtheil vom 7. Dezember 1883 durch den Justizrath G. am 8. April 1887 dem Kläger übersandt habe, ist dem Kläger, welcher diese Behauptung bestritten hatte, durch Beschluß des Landgerichts zu Hagen der Eid darüber auferlegt, daß er das Ausschlußurtheil nicht empfangen habe, und Termin zur Ableistung dieses Eides auf den 23. September 1887 angesetzt. Dieser Termin wurde auf Antrag der Parteien auf den 14. Oktober 1887 verlegt. In letzterem Termine kam es jedoch nicht zur Erhebung des Eides, weil der Vertreter des Beklagten eine anderweite Ausfertigung des gedachten Ausschlußurtheils zur Disposition des Klägers vorlegte. Ueber die Anwesenheit des schwurpflichtigen Klägers in dem Termine besagt das Protokoll nichts.

Der Anspruch des Vertreters des Beklagten, daß der zu den Prozeßkosten verurtheilte Kläger ihm Beweisgebühren zahlen solle, ist nach erfolgtem Widerspruch des Klägers vom Landgericht zu Hagen zurückgewiesen, dagegen vom Oberlandesgericht zu Hamm auf Beschwerde des Vertreters des Beklagten für begründet erachtet. In dem Beschlusse führt das Oberlandesgericht aus, der Anspruch auf Beweisgebühr rechtfertige sich schon dann, wenn ein Beweis*verfahren* begonnen habe, und das sei hier umsomehr anzunehmen, da der Vertreter des Beklagten seinem Mandanten von der Ansetzung des Beweistermins Kenntniß gegeben und mit ihm über den zu erhebenden Beweis verhandelt habe.

Die gegen diesen Beschluß vom Kläger erhobene Beschwerde muß für begründet erachtet werden. Das Reichsgericht hat bereits in einem früheren Beschlusse ausgesprochen, die Beweisgebühr des § 13 Nr. 4 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte werde zwar nicht dadurch bedingt, daß eine Beweisaufnahme stattgefunden habe, und daß der

Anwalt in dem Beweiserhebungstermine anwesend gewesen sei, aber sie setze zum mindesten voraus, daß das Beweisverfahren begonnen, und der Anwalt in demselben seine Thätigkeit entwickelt habe. Dies sei jedoch nicht der Fall, wenn das Gericht einen Beweisbeschluß erlassen und einen Zeugen geladen, das weitere Beweisverfahren jedoch eingestellt habe, weil der Zeuge vor dem Termine erklärt hatte, er wolle von dem Recht der Zeugnißverweigerung Gebrauch machen (Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. XII. S. 393). Das Reichsgericht unterscheidet hiernach zwischen den das Beweisverfahren anordnenden und vorbereitenden gerichtlichen Akten, und zwischen der Ausführung desselben durch Erhebung des angeordneten Beweises. Es bezieht den im § 13 Nr. 4 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte gebrauchten Ausdruck: „Beweisaufnahmeverfahren" nur auf die Ausführung des Beweisverfahrens, und billigt dem Rechtsanwalt die Beweisgebühr nur zu, wenn er die Partei bei dieser Ausführung vertreten hat. Noch bestimmter ist diese Ansicht vom Reichsgericht in dem (von Pfafferoth, Gebührenordnung, S. 55 mitgetheilten) Beschlusse des ersten Civilsenates vom 3. November 1886 in Sachen R. wider Sch. (I. 60/86 B.) ausgesprochen. In der Sache, auf welche sich dieser Beschluß bezieht, war die schwurpflichtige Partei in dem zur Abnahme des Eides vor dem ersuchten Richter angesetzten Termine nicht erschienen, sondern hatte Verlegung desselben beantragt. Hierauf war ohne Fortsetzung des Beweisverfahrens das Endurtheil erlassen. Das Reichsgericht hat dem Anwalt des Klägers keine Beweisgebühren bewilligt, weil von einer Vertretung in einem Beweisaufnahmeverfahren keine Rede sein könne, wenn die angeordnete Beweisaufnahme nicht stattgefunden hat. Die Entgegennahme des Beschlusses, durch welchen die Beweisaufnahme angeordnet wird, und der in Folge dieser Anordnung erforderliche Geschäftsbetrieb seien keine Vertretungshandlungen im Beweisaufnahmeverfahren.

Von dieser in mehreren Entscheidungen ausgesprochenen Ansicht abzugehen, hat sich das Reichsgericht nicht veranlaßt gefunden. Legt man sie aber bei der Entscheidung zu Grunde, so muß die Beschwerde des Klägers für begründet erachtet werden. Denn es hat hier nur die Anordnung eines Beweisverfahrens und die Ansetzung eines Termins zur Eidesleistung stattgefunden, dagegen ist mit der Erhebung des Beweises nicht begonnen. Es fehlt also an einem Requisit zur Anwendung des § 13 Nr. 4 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte. Daß die Sache anders liegen würde, wenn die schwurpflichtige Partei

erschienen wäre und den Eid verweigert hätte (vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 18 S. 403), bedarf keiner Erörterung, da dieser Fall hier nicht gegeben ist.

Nr. 100.

Kann ein Rechtsanwalt, welcher sich durch einen ihm zur Ausbildung überwiesenen Referendar in einem Beweistermin hat vertreten lassen, die in §§ 13 Nr. 4, 45 der Rechtsanwalt-Gebühren-O. v. 7. Juli 1879 bestimmte Beweisgebühr liquidiren?

(IV. Civilsenat. B. IV. 129/86.)

Beschluß:

In Sachen des Maurers Friedrich H., Klägers,

gegen

den Viehhalter Carl T., Beklagten,

hat das Reichsgericht, vierter Civilsenat, in der Sitzung vom 9. Juli 1888 auf die weitere Beschwerde des Klägers gegen den Beschluß des preuß. Oberlandesgerichts zu Naumburg a/S. vom 6. Oktober 1886 beschlossen:

der angefochtene Beschluß wird aufgehoben; die Beschwerde des Beklagten gegen den Beschluß der zweiten Civilkammer des Königlichen Landgerichts zu Halle a/S. vom 18. September 1886 wird zurückgewiesen; die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Beklagten auferlegt.

Gründe:

Zur Erledigung eines Beweisbeschlusses des Oberlandesgerichts zu Naumburg a/S. durch Vernehmung von Zeugen hat am 15. Februar 1886 vor dem Amtsgerichte zu Halle a/S. Termin angestanden. In der von dem Justizrath H. aufgestellten Liquidation der von dem Kläger als dem unterliegenden Theile dem Beklagten zu erstattenden Kosten waren mit Rücksicht auf jenen Beweistermin als Gebühren des Justizraths H. gemäß §§ 45, 13 Ziffer 4 der Rechtsanwaltsgebührenordnung an Prozeß- und Beweisgebühr je 9,50 M., zusammen 19 M. in Ansatz gebracht. Das Landgericht zu Halle hat dieses Liquidat von der Rechnung abgesetzt, weil die Anwesenheit des Referendars G. als Unterbevollmächtigten des Justizraths H. im Beweisaufnahmetermin zur zweckentsprechenden Rechtsvertheidigung des Beklagten nicht nothwendig gewesen sei. Auf die Beschwerde des Beklagten hat jedoch das Oberlandesgericht zu Naumburg, diesen Abweisungsgrund mißbilligend, das Liquidat als gerechtfertigt anerkannt.

Zwar ist dem Oberlandesgericht darin beizutreten, daß nach Lage der Sache die Vertretung des Beklagten in dem fraglichen Termin durch einen Rechtskundigen als zur zweckentsprechenden Rechtsvertheidigung nothwendig gewesen ist. Der Justizrath H. ist jedoch zur Liquidation von Gebühren nach Maßgabe der Rechtsanwaltsgebührenordnung nicht befugt, weil er den Termin nicht in Person wahrgenommen, sondern mit der Wahrnehmung desselben den, wie er in der Beschwerde an das Oberlandesgericht angiebt, ihm zur Ausbildung überwiesenen Referendar G. beauftragt hat.

Die den Rechtsanwälten durch das Gesetz vom 7. Juli 1879 zugebilligten Gebühren sind mit Rücksicht auf die persönliche Thätigkeit des Rechtsanwalts bemessen. Der Rechtsanwalt darf daher dieselben in der festgesetzten Höhe nur dann liquidiren, wenn er selbst thätig oder durch einen anderen Rechtsanwalt vertreten gewesen ist. Dagegen stehen ihm diese Gebühren nicht zu, wenn er sich, wie hier, durch einen Referendar, mag solcher auch schon zwei Jahre im Justizdienste beschäftigt gewesen sein, hat vertreten lassen. Von dieser Regel findet nur in dem Falle eine Ausnahme statt, wenn für einen an der Ausübung seines Berufs verhinderten Rechtsanwalt eine Stellvertretung eingesetzt ist. Ein solcher Stellvertreter tritt für die Zeit der Stellvertretung ganz an die Stelle des Rechtsanwalts und übt während dieser Zeit die Berufsthätigkeit des Rechtsanwalts überhaupt aus, so daß seine Thätigkeit als Berufsthätigkeit des Rechtsanwalts gilt. In diesem Falle greifen für die Geschäftsbesorgung durch den Stellvertreter die Sätze der Gebührenordnung Platz, wenn auch der Stellvertreter kein Rechtsanwalt ist, sondern gemäß § 25 Absatz 1, 2 der Rechtsanwaltsordnung durch Anordnung der Landesjustizverwaltung aus der Zahl derjenigen Rechtskundigen bestellt wurde, welche mindestens zwei Jahre im Justizvorbereitungsdienste beschäftigt worden waren. Dagegen treffen dieselben, jene Ausnahme rechtfertigenden Gründe nicht auch dann zu, wenn, wie im gegenwärtigen Falle, ein Rechtsanwalt, welcher seine Berufsthätigkeit im Allgemeinen ausübt, sich einen Vertreter für einzelne ihm obliegende Thätigkeiten bestellt, der kein Rechtsanwalt ist, und in dieser Auffassung wird auch durch die Bestimmung des § 25 Absatz 3 der Rechtsanwaltsordnung nichts geändert, welche allein den Zweck hat, die Anwendung der Vorschriften des § 143 Absatz 1, 2 C.P.O. auf die mindestens zwei Jahre im

sie einen Rechtsanwalt, ohne als dessen Stellvertreter bestellt zu sein, in Fällen vertreten, in denen eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht geboten ist (zu vgl. Beschluß der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts in Sachen H. wider D. vom 9. April 1888, Juristische Wochenschrift S. 225).

Da nicht konstirt, daß dem Justizrath H. in Folge seiner Vertretung in dem fraglichen Termin durch den Referendar G. Kosten entstanden sind, so rechtfertigt sich die Absetzung des streitigen Liquidats in voller Höhe.

Nr. 101.

Ist eine Benachtheiligung des Gläubigers — Anf.Ges. v. 21. Juli 1879 § 3 Nr. 1 — nur dann anzunehmen, wenn derselbe ohne die anfechtbare Rechtshandlung des Schuldners überhaupt oder in höherem Maße Befriedigung aus dessen Vermögen erlangt haben würde? Fällt die Benachtheiligung insbesondere fort, wenn der Schuldner ein bis zum vollen Werthe mit Hypotheken belastetes Grundstück verkauft und der Käufer die Hypotheken auf den Kaufpreis übernimmt?

(Urtheil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 21. März 1889 in Sachen P. u. Gen., Beklagte, wider die L.'schen Eheleute, Kläger. VI. 7/89.)

Auf die Revision der Beklagten ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Breslau aufgehoben, und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Thatbestand:

Am 28. August 1882 hatte Michael P. mittels notariellen Parzellenkaufvertrages von seinem Grundstück Blatt 28 Herzoglich Ellguth eine Parzelle um 3000 M. an die Kläger verkauft und sich verpflichtet, diese an die Kläger verkaufte Parzelle — jetzt Nr. 46 Herzoglich Ellguth — schuldenfrei an die Kläger aufzulassen. Die Zahlung des Kaufpreises erfolgte sofort, die Auflassung jedoch erst am 17. Juni 1886, indeß keineswegs schuldenfrei; vielmehr wurden auf jene Parzelle übertragen Auszugsrechte und zwei Hypotheken zu 4950 M. und 3000 M., welch' letztere beiden Posten der Verkäufer erst in der Zwischenzeit zwischen jenem Kaufvertrage und der Auflassung auf seinen Grundbesitz und damit auch auf jene Parzelle hatte eintragen lassen. Käufer klagten daher wider Verkäufer auf Löschungsbewirkung, und wurde letzterer durch rechtskräftiges Versäumungsurtheil des Landgerichts zu Ratibor klagegemäß verurtheilt. Zum Zwecke des Urtheilsvollzuges wurden Kläger auf ihren Antrag

und wurde zugleich mit Beschluß desselben Landgerichts vom 8. Februar 1887 der Verkäufer verurtheilt, die durch die Vornahme der Löschung seitens eines Dritten entstehenden Kosten im Betrage von 9000 M. zu zahlen. Um diese 9000 M. beitreiben zu können, versuchten Käufer die Zwangsvollstreckung wider P., welche indessen ohne Ergebniß blieb. Der letztgenannte hatte nämlich schon durch Vertrag vom 25. Juni 1885 sein — angeblich einziges — Vermögensobjekt, Nr. 13 und 72 Grzegorzowitz-Slawikau, an seine — nun mitbeklagte — Ehefrau um 500 Mark verkauft und aufgelassen.

Mit der Behauptung nun, daß diese Veräußerung in der der Ehefrau bekannten Absicht geschehen, die Gläubiger des Michael P., namentlich die Kläger, zu benachtheiligen, haben letztere im März 1887 wider die Ehefrau P. und deren Ehemann Klage erhoben, mit dem Antrage, die Beklagten zu verurtheilen, den Klägern gegenüber den erwähnten Kaufvertrag nebst Auflassung als rechtsunverbindlich anzuerkennen und der Kläger Befriedigung aus jenen Grundstücken wegen 6000 M. (die 3000 M. der beklagten Ehefrau waren nämlich inzwischen auf der Parzelle Nr. 46 gelöscht worden) zuzulassen, auch das Urtheil für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Ohne Beweisverfahren erließ unterm 20. Juni 1887 das Landgericht Endurtheil im Sinne der Klagbitte.

Beklagte wendeten Berufung ein und machten in der Berufungsinstanz geltend, mit Unrecht sei eine Benachtheiligung der Gläubiger des mitbeklagten Ehemannes angenommen worden; denn die beklagte Ehefrau habe ja die auf den Kaufsobjekten Nr. 72 und 13 lastenden Hypothekenschulden und andere Schulden ihres Ehemannes in Höhe von 9254 M. theils gezahlt, theils selbstschuldnerisch übernommen.

Die über den Werth der Kaufobjekte angebotenen Beweise wurden erhoben; dieser Werth wurde von den Gutachtern auf 7500 M. angegeben. Hierauf wendeten Beklagte ein, bei der Uebernahme der Grundstücke durch die Ehefrau seien dieselben höher als mit 7500 M. belastet gewesen, und die Abstoßung sämmtlicher Hypotheken mit Ausnahme der 4950 M., sei aus den Mitteln der beklagten Ehefrau erfolgt; über diese Behauptungen ist Beweis angeboten.

Die Berufung der Beklagten ist zurückgewiesen.

Ohne Rechtsirrthum geht der zweite Richter von der Annahme aus, daß die Klage auf § 3 Nr. 1 des Anf.G. gestützt sei, und daß die angefochtene Handlung in dem Verkaufe und der Auflassung der Grundstücke Nr. 13 und 72 seitens des beklagten Ehemannes an die beklagte Ehefrau bestehe.

Der zweite Richter erwägt weiter, eine Benachtheiligung der Gläubiger des beklagten Ehemannes als Folge jener Handlung, ergebe sich daraus, daß derselbe ein Vermögensobjekt veräußert habe, ohne daß der Erlös dafür, welcher nach der Behauptung der Beklagten 500 M. betragen haben solle, in dem Vermögen des Schuldners vorhanden gewesen sei, da andernfalls die Exekution in das Vermögen desselben nicht habe fruchtlos ausfallen können.

Diese Erwägung begegnet mehrfachen rechtlichen Bedenken. Zunächst kann, vgl. Reichsgerichts-Entscheidungen Bd. 13 S. 42, auch 10 S. 9, aus dem Umstande, daß zur Zeit der Zwangsvollstreckung, welche im März 1887 erfolgte, jenes Aequivalent im Vermögen des Schuldners nicht vorhanden war, rechtlich der Schluß nicht gezogen werden, daß die Fruchtlosigkeit der Zwangsvollstreckung eine Folge jener, fast $1^3/_4$ Jahre vorher erfolgten, Rechtshandlung gewesen sei. Es hätte vielmehr die Frage dahin gestellt und beantwortet werden müssen, ob statt der veräußerten Vermögensstücke in der That ein gleichwerthiges, insbesondere den Zugriffen der Gläubiger gleich zugängliches, Objekt in das Vermögen des Veräußerers gelangt sei. Sodann aber ist es unrichtig, daß nach Behauptung der Beklagten der Erlös (s. h. Kaufschilling oder die Gegenleistung) 500 M. betragen haben solle. Vielmehr ging die Behauptung der Beklagten dahin, daß der Preis von 500 M. nur ein fiktiver gewesen, und daß thatsächlich die Gegenleistung der Ehefrau als Käuferin in der Uebernahme und Bezahlung von Hypotheken und anderen Schulden des Ehemannes, als Verkäufers, im Gesamtbetrage von 9254 M., sohin inklusive der Baarzahlung von 500 M. in einem Werthe von 9754 M. bestanden habe.

Zwar wird diese Behauptung vom zweiten Richter nicht ganz außer Betracht gelassen. Derselbe erwägt nämlich, die Benachtheiligung sei dadurch nicht ausgeschlossen, daß die beklagte Ehefrau einen Theil der Schulden ihres Ehemannes bezahlt haben wolle; denn rechtsirrthümlich sei die Meinung der Beklagten, es müßten alle Gläubiger, oder auch nur eine größere Anzahl derselben, benachtheiligt

sonach eine Beweisaufnahme über die Behauptung, daß Beklagte so und so viele andere Gläubiger bezahlt habe.

Hierbei scheint dem Berufungsrichter die in Bd. 10 S. 6 ff. mitgetheilte Entscheidung des Reichsgerichts vorgeschwebt zu haben. (Siehe übrigens Bd. 14 S. 313). Allein abgesehen von dem Umstande, daß in dem dort entschiedenen Falle thatsächlich eine Befriedigung der vom Erwerber zur Bezahlung übernommenen Gläubiger nicht stattgefunden hatte, so hat der zweite Richter die ausdrückliche näher substanziirte Einwendung der Beklagten völlig übersehen, daß bei Uebernahme der Grundstücke durch die Ehefrau dieselben zu einem, den wahren Werth derselben übersteigenden, Betrage mit Schulden belastet gewesen seien, und daß die Abstoßung sämmtlicher Hypotheken, mit Ausnahme von 4950 M., aus Mitteln der beklagten Ehefrau erfolgt sei.

Nun ist aber nur dann ein Gläubiger benachtheiligt, wenn er ohne die Rechtshandlung des Schuldners überhaupt oder in höherem Maße Befriedigung aus dessen Vermögen erlangt haben würde: Siehe Reichsgerichts-Entscheidungen Bd. 10 S. 8 ff., Bd. 14 S. 313. Dies ergiebt sich von selbst aus dem Begriffe: „Benachtheiligung" und ist vom Reichsgerichte mehrfach anerkannt. So wurde entschieden, daß, wenn der Werth der vom Schuldner veräußerten Gegenstände durch vorhergehende Pfändungspfandrechte vollständig absorbirt war, jener Werth ein Befriedigungsmittel für den anfechtenden Gläubiger nicht abgegeben haben würde, mithin durch die Abtretung jener Gegenstände dem letzteren keine Befriedigungsmittel entzogen worden wären, folglich durch jene Abtretung die vom Gesetze erforderte Benachtheiligung des Anfechtungsgläubigers nicht eingetreten sei.

Vgl. Reichsgerichts-Entscheidungen Bd. 15 S. 65, Bd. 21 S. 99. Ebenso hat der sechste Civilsenat am 27. September 1886 in der Sache IIIa 135/86. — siehe Juristische Wochenschrift Jahrg. 1886 S. 317 Nr. 10 — ausgesprochen, die Voraussetzung der Benachtheiligung treffe nicht zu, wenn der Schuldner ein bis zum vollen Werthe mit Hypotheken belastetes Grundstück verkaufe, welche der Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis übernehme. Denn in diesem Falle hätten persönliche Gläubiger, auch ohne den Verkauf, keine Aussicht, aus dem Grundstücke ihre Befriedigung zu erlangen, sie würden daher auch nicht durch denselben benachtheiligt. Gegebenen

Sachvorbringens, daß der volle Werth der Kaufsobjekte, wie solcher vom zweiten Richter selbst angenommen, zur Zeit der Uebernahme der Kaufsobjekte durch die Verklagte mit darauf eingetragenen Schulden belastet gewesen, und daß Beklagte diese Schulden (wenn auch nicht in dem Vertragsinstrumente selbst, so doch nach Vereinbarung mit ihrem Ehemanne und thatsächlich) im Wege der Gegenleistung übernommen habe, einen Verstoß begangen, welcher sich als Mangel an Entscheidungsgründen im Sinne des § 513 Ziffer 7, oder doch im Sinne des § 259 C.P.O. darstellt, und auf welchem Mangel das Urtheil beruht, da möglicherweise bei Berücksichtigung jenes Vorbringens die Entscheidung anders ausfallen konnte.

(Die weiteren Gründe interessiren nicht.)

Nr 102.

Ist die Besitzklage (A.L.R. I. 7 §§ 146 ff.) gegen den vom Gericht eingesetzten Zwangsverwalter zulässig? Ges. v. 13. Juli 1883 § 142.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) **vom** 1. **Juni** 1889 **in Sachen W., Klägers, wider R., Beklagten.** V. 63/89.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des Oberlandesgerichts zu Hamm ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Das angegriffene Urtheil hat die Berufung des Klägers gegen das erstinstanzliche Erkenntniß zurückgewiesen, welches ihn mit seiner Possessorienklage abgewiesen hatte. Der Entscheidung des Berufungsrichters liegt folgende thatsächliche Begründung zu Grunde.

Der Kolon R. sen. hatte seinem Sohne sein ganzes Vermögen, darunter das R.'sche Kolonat, unter Vorbehalt des Nießbrauchs- und Verwaltungsrechtes übereignet. Er übertrug die Ausübung des vorbehaltenen Rechtes dem Kläger zu eigenem Rechte 1885 und 1886.

Im folgenden Jahre wurde auf Antrag eines auf dem Kolonat eingetragenen Gläubigers, der Sparkasse von Sendenhorst und Vorhelm, wegen mehrerer vollstreckbarer Forderungen gegen den 2c. R. sen. die Zwangsvollstreckung in das diesem zustehende Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht durch Anordnung einer Zwangsverwaltung der diesem Rechte unterworfenen Gegenstände durch das betreffende Amtsgericht beschlossen und zur Ausführung gebracht, und zwar in der Weise, daß der Beklagte vom Gericht als Verwalter bestellt

Zwecke der Verwaltung und Erhebung der Einkünfte zu übergeben, und demgemäß und zwar gegen den Protest des im Besitze befindlichen Zessionars des betreffenden Rechtes und unter gewaltsamer Oeffnung von Thüren die Besitzeinweisung erfolgte. Der Berufungsrichter hat dabei besonders festgestellt, es habe das Gericht bei seinen Anordnungen die Zwangsvollstreckung trotz der Rechte und des Besitzes des Klägers und in Kenntniß derselben zur Durchführung bringen zu müssen gemeint, und es hätten deshalb der Beamte desselben, sowie auch der Beklagte nur in Ausführung der gerichtlichen Anweisung gehandelt. Eventuell treffe dieselben kein Versehen, wenn sie diese Anweisung so, wie geschehen, aufgefaßt hätten.

Diese thatsächlichen Feststellungen genügen, das angegriffene Urtheil zu begründen.

Die Klage ist nach ausdrücklicher Erklärung des Klägers nur gegen den Beklagten gerichtet, nicht gegen die Gläubigerin, welche sich bereit erklärt hatte, für den Beklagten einzutreten, und jetzt Nebenintervenientin ist. Gegen den Beklagten ist aber die Possessorienklage mit ihrem Antrage, den Beklagten zu verurtheilen, den Kläger wieder in seinen früheren Besitz einzusetzen, nicht begründet. Der Kläger ist durch den Beklagten nicht seines Besitzes entsetzt worden, dies ist durch den Beamten des Gerichts geschehen, welcher den bereits durch ihn und seine Gehülfen erledigten Besitz dem Beklagten übergab. Aber auch wenn man davon ausgehen wollte, es liege in der Entsetzung des Klägers und der Besitzergreifung nur eine Handlung vor, so kann doch in der Ausführung der gerichtlichen Anweisung auf Seiten des angewiesenen Dritten — im Gegensatz zu dem, auf dessen Antrag das Gericht vorgegangen ist — ein ungebührlicher eigenmächtiger Eingriff in den Besitz des Klägers nicht erblickt werden, welcher die gesetzliche Voraussetzung der angestrengten Klage bildet. Es fehlt in einem solchen Falle wie hier der ausführenden Person an dem Willen, sich mit irgend welchem Rechte des Besitzers in Widerspruch zu setzen, sie hat nach dieser Richtung hin überhaupt keinen eigenen Willen, sie will nur der bestehenden Rechtsordnung, unter welcher, wie alle Rechte, so auch das des Besitzes steht, Folge geben, indem sie einen ihr von einer zur Aufrechthaltung jener Rechtsordnung staatlich bestellten und kompetenten Behörde ertheilten Auftrag annimmt und ausführt. Dabei unterliegt

traggebers zu solchen Aufträgen im Allgemeinen. Ist diese gegeben, so kann der Beauftragte, ohne sich eines Versehens schuldig zu machen, die Verantwortlichkeit für die Rechtmäßigkeit des Auftrags im gegebenen Falle der Behörde überlassen, welcher diese Prüfung vom Gesetze zugewiesen ist. Bezüglich der Angriffe, welche die Revision in dieser Beziehung erhebt, genügt es auf die Vorschriften des § 142 des Gesetzes vom 13. Juli 1883, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, zu verweisen.

Uebrigens ist der Beklagte auch gar nicht im Stande, den Kläger wieder in den Besitz einzusetzen. Denn er hat nicht für sich Besitz ergriffen und ist dem Gerichte verantwortlich, welches ihn bestellt hat. Die Revision hebt zwar hervor, der Sequester habe nach preußischem Recht alle Gerechtsame und Obliegenheiten eines wirklichen Wirths und Eigenthümers, übersieht aber dabei, daß es sich hier nur um die vorbereitenden Maßregeln handelt, welche die Verwaltungshandlungen des Sequesters erst ermöglichen, d. i. die Einsetzung in den Besitz der zu verwaltenden Gegenstände. Diese Maßregeln gehören nicht zu denen, welche der Sequester als Ausfluß der ihm generell ertheilten Verwaltungsvollmacht vorgenommen hat, und wofür er nach Lage der Sache persönlich verantwortlich sein kann, die Besitzergreifung deckt sich hier vollständig mit der gerichtlichen Anweisung. Ob der Beklagte, wenn er den Beschluß des Gerichts unrichtig verstanden und demgemäß unrichtig ausgeführt hätte, sich der Klage hätte unterwerfen müssen, braucht nicht entschieden zu werden, weil das angegriffene Urtheil die Feststellung, daß die Ausführung des Beschlusses der Absicht desselben entsprochen habe, als selbständige Grundlage erhalten hat. Möchte diese als Auslegung einer gerichtlichen Entscheidung der Nachprüfung unterliegen, so müßte dieselbe mit dem Vorderrichter zu gleichem Ergebniß gelangen. Die von ihm gegebenen Gründe sind zutreffend und schließen jede andere Annahme aus.

Nr. 103.

Dispositionsbefugniß des Zwangsverwalters eines Gutes. Kann derselbe Sachen, welche der Eigenthümer nicht zum Betriebe des Ackerbaues oder der Viehzucht bestimmt hatte, zu Pertinenzstücken des Gutes machen?

Ges. v. 13. Juli 1883 §§ 140 ff.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 16. Januar 1889 in Sachen U. R. u. Co., Klägerin, wider J., Beklagten. V. 266/88.)

In dem Urtheile des Reichsgerichts vom 21. September 188[illegible], durch welches die Sache nach Aufhebung des Berufungsurtheils in die zweite Instanz zurückverwiesen wurde, ist der Sachverhalt, wie er damals vorlag, näher mitgetheilt, und wird hierauf Bezug genommen. (Vgl. den Abdruck des Urtheils in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 19 S. 321 ff.) Nach der Vervollständigung der Beweisaufnahme hat der Berufungsrichter in seinem jetzt angefochtenen Urtheil festgestellt:

2. in Betreff der beiden Fuchsstuten und der beiden dunkelbraunen Stuten, daß K. sie während seiner Besitzzeit nicht zu Pertinenzen des Gutes gemacht habe, daß dies jedoch nach Einleitung der Zwangsverwaltung durch den Zwangsverwalter geschehen sei.

Ueber diese Entscheidung beschwert sich die Klägerin, indem sie ausführt, daß ein Zwangsverwalter die Verwaltung des ihm übergebenen Gutes in der Weise, wie dieselbe seitens des Eigenthümers geführt ist, fortsetzen müsse, und daß er namentlich nicht berechtigt sei, Sachen zu Beilaßstücken des Gutes zu machen, welche nach dem Willen des Eigenthümers hierzu nicht bestimmt sein sollten. Der Angriff kann jedoch keinen Erfolg haben. Das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 regelt im Titel IV des ersten Abschnitts die Zwangsverwaltung von Grundstücken. Es bestimmt im § 142, daß dem Verwalter das Grundstück durch einen Beamten des Gerichts zur Verwaltung und Erhebung der Einkünfte zu übergeben ist. Dem Schuldner (das heißt dem Eigenthümer des Grundstückes) wird im § 140 jede Einmischung in die Geschäftsführung des Verwalters, sowie jede Verfügung über die Einkünfte des Grundstücks untersagt, und dritten Personen die fernere Leistung von Einkünften an den Verwalter aufgegeben. Der Verwalter hat die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden, alljährlich Rechnung zu legen und die ihn vom Gericht ertheilten Anweisungen zu befolgen. Diese Vorschriften lassen deutlich erkennen, daß es zu den Rechten und Pflichten eines Zwangsverwalters gehört, während der Dauer seiner Verwaltung Alles zu thun, was erforderlich ist, um das ihm übergebene Grundstück in wirthschaftlichem Stande zu erhalten und es für die Gläubiger zu nutzen. Soweit dieser Zweck es nöthig macht, werden durch die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens die dem Eigenthümer des Grundstücks als solchem zustehenden rechtlichen Befugnisse von dem

Zwangsverwalter ausgeübt. Verträge, welche er zu diesem Behufe nit dritten Personen abschließt, sowie alle sonstigen Verwaltungs-ıkte haben für Dritte dieselbe rechtliche Wirkung, als wenn sie von ›em Eigenthümer selbst vorgenommen wären. Insbesondere muß ›er Verwalter auch für befugt erachtet werden, auf dem Gute vor-)andene und ihm bei Einleitung der Zwangsverwaltung mitüber-ȝebene Sachen, welche der Eigenthümer nicht zum Betriebe des Ackerbaues und der Viehzucht verwendet hatte, für diesen Zweck ȝu bestimmen und sie dadurch nach A.L.R. I. 2 § 48 zu Pertinenz-stücken des Landgutes zu machen. Ob eine solche Disposition un-zweckmäßig ist und den Eigenthümer schädigt, kann zwar von letzterem bei der Rechnungslegung des Verwalters in Frage gestellt werden. Dritte Personen können jedoch aus diesem Grunde die Rechtmäßigkeit der Verfügung des Verwalters nicht beanstanden. Inwiefern der Zwangsverwalter in seinen Befugnissen durch eine Instruktion des Gerichts beschränkt werden kann, bedarf, da eine solche hier nicht getroffen ist, keiner Erörterung. (Die weiteren Gründe interessiren nicht.)

Nr. 104.

Ist die Zuziehung eines Gerichtsschreibers behufs Aufnahme des Protokolls dem mit der Einleitung der Zwangsverwaltung eines Grundstücks beauftragten Richter nach seinem pflichtmäßigen Ermessen gestattet? § 142 d. Ges. v. 13. Juli 1863. § 151 C.P.O. — Unter welchen Umständen kann der Rechtsirrthum eines Richters für entschuldbar erachtet werden?

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 26. November 1888 in Sachen des preuß. Justizfiskus, Klägers, wider den Amtsrichter B., Beklagter. IV. 210/88.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preuß. Ober-landesgerichts zu Marienwerder ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte ist auf Erstattung von 14 M. in Anspruch ge-nommen, welche an den bei einem Lokaltermin als Gerichtsschreiber zugezogenen Referendar N. auf Anweisung des Beklagten als Tage-gelder und Reisekosten aus der Gerichtskasse gezahlt sind. Der frag-liche Termin ist von dem Beklagten Zwecks Einleitung der Zwangs-verwaltung eines mit Brennerei versehenen Landguts von 350 Hektar Flächeninhalt abgehalten, und die Zuordnung des Gerichtsschreibers auf seinen Antrag durch den aufsichtsführenden Amtsrichter erfolgt.

handlung nicht bedurft habe, solche vielmehr auf einem vertretbaren Versehen des Beklagten beruhe. Letzterer stellte in Abrede, daß der Fiskus überhaupt geschädigt sei, da die streitigen 14 M. aus dem von dem Extrahenten des Verfahrens gezahlten Vorschusse entnommen seien. Er bestritt aber auch, daß er für die erfolgte Zuziehung verantwortlich, so wie daß in derselben ein Versehen zu finden sei. — Unter Verwerfung aller dieser Einwendungen hat der erste Richter den Beklagten nach dem Klageantrage verurtheilt. In der von ihm beschrittenen Berufungsinstanz machte Beklagter insbesondere noch geltend, daß inzwischen die fragliche Auslage aus den Kaufgeldern des subhastirten Grundstücks mit Zustimmung sämmtlicher Interessenten gedeckt, also jede Schädigung des Fiskus endgültig ausgeschlossen sei. Der Berufungsrichter hat die thatsächliche Richtigkeit dieses, vom Kläger bestrittenen Vorbringens, welches er an sich für erheblich erachtet, unentschieden gelassen, gleichwohl aber die Klage abgewiesen, weil es an einem vertretbaren Versehen des Beklagten fehle. In letzterer Beziehung wird erwogen, daß zwar der Beklagte für die Zuziehung des Gerichtsschreibers verantwortlich und daß solche eine gesetzlich gebotene nicht gewesen sei, daß jedoch diese vom Gesetze auch nicht ausgeschlossene, sondern in das pflichtmäßige Ermessen des Richters gestellte Anordnung unter den obwaltenden Umständen als eine gerechtfertigte sich darstelle, und daß dieselbe sogar ohne Versehen von dem Beklagten für eine vom Gesetze vorgeschriebene habe erachtet werden dürfen. —

In diesen Erwägungen ist eine Rechtsnormverletzung nicht zu erkennen. —

Was zunächst die in Betracht kommenden gesetzlichen Vorschriften anlangt, so bestimmt der § 142 des preußischen Gesetzes, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, vom 13. Juli 1883 im Abs. 2:

„Das Grundstück ist dem Verwalter durch einen Beamten des Gerichts oder durch einen von dem Gerichte zu bestellenden Gerichtsvollzieher zur Verwaltung und zur Erhebung der Einkünfte zu übergeben. Das Gericht kann jedoch den Verwalter ermächtigen, sich selbst in den Besitz des Grundstücks zu setzen."

In der Begründung des gleichlautenden § 140 des Regierungsentwurfs wird u. A. bemerkt:

erfolgen — — —. Für die Art und Weise der Uebergabe ist das zu § 98 Gesagte auch hier maßgebend.“

Und zu dem von der Uebergabe des versteigerten Grundstücks an den Ersteher handelnden § 98, dessen Abs. 5 also lautet:

„Auf Antrag des Erstehers ist die Uebergabe des Grundstücks durch einen Beamten des Gerichts oder einen von dem Gerichte zu bestellenden Gerichtsvollzieher an Ort und Stelle zu bewirken,“

bemerkt die Begründung:

„Die Uebergabe an den Ersteher braucht nicht durch den Richter bewirkt zu werden; sie kann nach dem Ermessen des Gerichts je nach den Umständen des Falls durch einen anderen Beamten des Gerichts oder durch einen Gerichtsvollzieher allein geschehen, dessen Mitwirkung selbst der Richter unter Umständen nicht wird entbehren können.“

(Stegemann, Materialien zum Gesetz vom 13. Juli 1883 S. 97 und 85.)

In der Kommission des Herrenhauses wurde — nach dem Bericht derselben — zu § 98 die Frage angeregt, ob es nicht zweckmäßig sei, zu bestimmen, daß der Richter von einem Gerichtsvollzieher begleitet sein solle. Die Regierungskommissare wiesen darauf hin, daß dies nicht immer nothwendig sei, daß aber unzweifelhaft die Zuziehung eines Gerichtsvollziehers im Bedürfnißfall in der Befugniß des Richters liege. Jener Anregung ist eine weitere Folge nicht gegeben. Auch sonst enthalten die Materialien nichts auf die vorliegende Frage Bezügliches.

Nach Vorstehendem ist es allerdings, — was auch Kläger nicht in Abrede stellt — außer Zweifel, daß die Uebergabe sowohl im Falle des § 98 als im Falle des § 142 des zitirten Gesetzes durch den Richter selbst vorgenommen werden darf.

Dagegen enthält das Gesetz über die Erfordernisse des solchenfalls aufzunehmenden Protokolls und insbesondere die Zuziehung eines Gerichtsschreibers irgend eine Vorschrift nicht.

Nun finden, wie allseitig anerkannt wird, die allgemeinen Vorschriften der C.P.O. überhaupt und bezüglich der Zwangsvollstreckung auch auf die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen Anwendung, so weit sie nicht durch besondere hierfür gegebene Vor=

Vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. III S. 374, Kurlbaum, die Preußische Subhastationsordnung unter dem Einflusse der deutschen Justizgesetze rc. S. 3, Krech und Fischer, das Preußische Gesetz betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883 S. 102 f.)

Demgemäß ist denn auch in dem Gesetze vom 13. Juli 1883 hinsichtlich der Erfordernisse des aufzunehmenden Protokolls einige Male auf die Vorschriften der §§ 148 beziehungsweise 145—150 C.P.O. ausdrücklich verwiesen (§ 80 Abs. 2, § 81 Abs. 3 daselbst) und in der Begründung des Regierungsentwurfs wird zu § 80 gesagt:

„Die Vorschriften über das Protokoll des Versteigerungstermins entsprechen denjenigen der Subhastationsordnung von 1869 § 38 mit den durch den materiellen Inhalt des Entwurfs gebotenen Zusätzen und mit Anwendung der Grundsätze C.P.O. über Protokolle in der mündlichen Prozeßverhandlung. Daß bei diesem wie bei allen anderen Protokollen und den zu Grunde liegenden Verhandlungen, ein Protokollführer zuzuziehen ist — — —, ergiebt sich aus dem allgemein anwendbaren § 151 C.P.O. wie aus der Erwähnung des Protokollführers in dem für anwendbar erklärten § 149."

(Stegemann a. a. O. S. 79, 80.)

In anscheinender Uebereinstimmung hiermit nehmen Krech und Fischer (a. a. O. S. 604) an, daß, sofern im Falle des § 142 des zitirten Gesetzes die Uebergabe durch den Richter erfolgt, dieser zu dem an Ort und Stelle abzuhaltenden Termine gemäß § 151 C.P.O. den Gerichtsschreiber zuziehen müsse.

Mag nun auch diese Annahme bedenklich erscheinen und dem Berufungsrichter darin beizutreten sein, daß die Zuziehung des Gerichtsschreibers nicht geboten ist, weil der in Frage stehende Akt keine Prozeßverhandlung ist und von einem dazu beauftragten Gerichtsschreiber oder Gerichtsvollzieher allein wirksam vorgenommen werden kann: so ist doch so viel unzweifelhaft, daß dem Richter die Zuziehung des Gerichtsschreibers gestattet ist, wenn er solche nach pflichtmäßigem Ermessen unter den Umständen des Falls für zweckdienlich erachtet. Es verhält sich hiermit ganz ebenso, wie mit der in den oben mitgetheilten Materialien als selbstverständlich erwähnten Befugniß zur Zuziehung eines Gerichtsvollziehers, welche aus der alternativen Fassung des Gesetzes selbst auch nicht zu entnehmen

st. Für das Ermessen des Richters aber wird vornehmlich die Rücksicht auf die Erheblichkeit und Schwierigkeit des Geschäfts be- stimmend sein müssen, weil bei derartigen Geschäften die Mitwirkung eines Protokollführers erfahrungsmäßig besonders förderlich ist und den Richter zu einer schnelleren und gründlicheren Erledigung derselben n Stand setzt. Ein vertretbares Versehen wird in solchen Fällen dem Richter nur dann zur Last zu legen sein, wenn er ersichtlich durch unzutreffende Motive sich hat leiten oder es an der durch seine Dienstpflicht gebotenen Sorgsamkeit der Erwägung überhaupt hat fehlen lassen. In dieser Beziehung vermißt nicht nur der Berufungs- richter mit Grund jedes schlüssige Vorbringen des Klägers, sondern er erklärt auch für den vorliegenden Fall, in welchem es sich unstreitig um die Uebergabe eines großen Gutes gehandelt habe, die erfolgte Zuziehung des Gerichtsschreibers für gerechtfertigt. Diese dem thatsächlichen Gebiete angehörige Erwägung verletzt keine Rechtsnorm und schließt eine vertretbare Verschuldung des Beklagten aus. —

Das Nämliche gilt von der ferneren Erwägung, — welche einen zweiten selbständigen Entscheidungsgrund bildet, — daß den Be- klagten kein — auch nicht ein geringes — Versehen treffe, wenn derselbe bei seiner Amtsführung sich nach der Gesetzesauslegung nam- hafter Rechtslehrer gerichtet habe. — Bereits früher hat das Reichs- gericht anerkannt, daß nicht jeder Rechtsirrthum einem Beamten zum Versehen zuzurechnen sei, daß ihn insbesondere Zweideutigkeit oder Unklarheit der Rechtsnormen oder ungewöhnlich verwickelte That- bestände bei objektiv unrichtiger Gesetzesanwendung zu entschuldigen vermöchten (Urtheil vom 24. September 1885 — IV. 122/85 — abgedruckt in Gruchot's Beiträgen Bd. 30 S. 137 f.).

Nach obigen Mittheilungen aber kann nicht in Abrede gestellt werden, daß daß Gesetz verschiedener Deutung fähig ist und daß insbesondere das Maß der Anwendbarkeit der allgemeinen Vor- schriften der C.P.O. auf das Subhastationsverfahren im Einzelnen erheblichen Zweifeln unterliegt. Unter solchen Umständen durfte der Beklagte, so lange die entgegenstehende Ansicht eine überzeugende Be- gründung in Doktrin oder Praxis noch nicht gefunden hatte, ohne Verletzung seiner Amtspflicht derjenigen, von beachtenswerther Seite vertretenen Rechtsauffassung folgen, welche ihn am meisten gegen jeden Vorwurf unrichtigen Verfahrens sicherte, und der Berufungs- richter irrt nicht rechtsgrundsätzlich, wenn er den Beklagten auch in dieser Hinsicht entschuldigt findet. —

Sind „Werkverdingungsverträge“ nach den preußischen Gesetzen vom 7. März 1822 und 6. Juni 1884 stempelpflichtig, oder in Folge des R.Stempel-G. vom 29. Mai 1885 von jeder Stempelabgabe befreit?

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 18. März 1889 in Sachen des preuß. Stempelfiskus, Beklagten, wider den Bochumer Verein für Bergbau, Kläger. IV. 335/88.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Posen ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Nach den Verträgen vom 30. November, 10. Dezember 1887 und 12., 22. Dezember 1887 hat der Kläger die Anfertigung und Lieferung von 159536 laufenden Metern Stahlschienen und 66 Satz Achsen aus Flußstahl mit gewalzten flußeisernen Schraubenrädern und aufgezogenen Flußstahlradreifen für die kgl. preußische Eisenbahndirektion in Bromberg übernommen. Der Lieferungspreis der Schienen war auf 112 M. für je 1000 Kilogramm mit Zulassung von einem Mehrgewicht von 1 vom Hundert, der Lieferungspreis der Achsen auf 300 M. für den Satz festgesetzt. Der Gesammtpreis für die Schienen wurde darnach auf 60260,19 M., der Gesammtpreis für die Achsen auf 19800 M. bestimmt. Der Kläger hat an Stempelsteuer in Folge Aufforderung des Beklagten ein Drittel vom Hundert des verabredeten Preises mit 2009,50 M. und 66 M., wozu noch je 1 M. Vertragsstempel für das Hauptexemplar und 1,50 M. für das Nebenexemplar treten, gezahlt und fordert die gezahlten Beträge mit Ausnahme der je 1,50 M. für die Nebenexemplare zurück. Gegründet ist der Stempelsteueranspruch des Beklagten auf die Ausführung, daß die in Frage stehenden Verträge Werkverdingungsverträge und als solche der Stempelsteuerpflicht gegenüber nach § 2 des preuß. Gesetzes vom 6. Juni 1884 zu beurtheilen, also wie Lieferungsverträge, unter Zugrundelegung des für das Werk bedungenen Gesammtpreises zu versteuern und nach dem Stempelgesetze vom 7. März 1822 einer Stempelsteuer von einem Drittel vom Hundert jenes Gesammtpreises unterworfen seien, und daß diese nach dem Gesetze vom 6. Juni 1884 bestehende Steuerpflicht durch das Reichsgesetz vom 29. Mai 1885 eine Aenderung nicht erlitten habe. Demgegenüber sucht der Kläger geltend zu machen, daß die Verträge einem landesgesetzlichen Stempel überhaupt nicht unterworfen und daß sie daher, da auch keine reichsgesetzliche Bestimmung bestehe, die sie steuerpflichtig

nache, stempelfrei seien. Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben den Rückforderungsanspruch für begründet erachtet. Das Landgericht hat angenommen, daß die vorliegenden Verträge als Werkverdingungsverträge, welche das preuß. Gesetz vom 6. Juni 1884 den Lieferungsverträgen gleichgestellt habe, der im Reichsgesetze vom 1. Juli 1881 (Tarifnummer 4a) bestimmten Stempelsteuer unterworfen gewesen sein würden, daß neben dieser Steuer eine landesgesetzliche Steuer nicht habe bestehen können, und daß die dem Reichsgesetze vom 1. Juli 1881 entsprechende Steuer durch das Reichsgesetz vom 29. Mai 1885 aufgehoben worden sei, ohne daß mit dieser Aufhebung eine Wiedereinführung der preuß. stempelsteuergesetzlichen Bestimmungen stattgefunden habe. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob die preuß. Stempelgesetzgebung durch das Reichsgesetz vom 1. Juli 1881 ihre Wirksamkeit gegenüber den Verträgen der vorliegenden Art verloren habe, nicht entschieden, aber angenommen, daß die der Tarifnummer 4B des Reichsgesetzes vom 29. Mai 1885 beigefügte Anmerkung, nach welcher Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte über im Inlande von einem der Vertragschließenden erzeugte oder hergestellte Mengen von Sachen oder Waaren steuerfrei seien, dem geltend gemachten Rückforderungsanspruche zur Seite stehe.

Die vom Beklagten noch eingelegte Revision kann keinen Erfolg haben. Die Lage des Rechtsstreites nöthigt zu einer Entscheidung der Frage nicht, ob die in der Anmerkung zur Tarifnummer 4B des Reichsgesetzes vom 29. Mai 1885 enthaltene Bestimmung lediglich zu dem Zwecke gegeben ist, um einer unrichtigen Anwendung der in der Tarifnummer 4B enthaltenen Stempelbestimmung vorzubeugen, oder ob jene Anmerkung über die Grenzen der Anwendbarkeit der Tarifnummer 4B hinaus wirksam werden soll, ob sie also einen zu allgemeiner Geltung bestimmten Rechtssatz enthält, der auch im vorliegenden Falle dem Kläger zur Seite stände. Der Rückforderungsanspruch erweist sich als begründet, auch wenn jene Frage zu Gunsten des Beklagten im Sinne einer einschränkenden Auslegung der Anmerkung beantwortet würde. Die für Kauf- und Lieferungsverträge in dem preuß. Stempelgesetze vom 7. März 1822 gegebene, durch die Kabinets-Ordre vom 30. April 1847 zu Gunsten der über bewegliche Sachen im kaufmännischen Verkehre abgeschlossenen Kauf- und Lieferungsverträge eingeschränkte Bestimmung ist durch das Reichsstempelgesetz vom 1. Juli 1881 (Tarifnummer 4a) in der Art geändert, daß darnach Schriftstücke über den Abschluß von Kauf- und Lieferungs-

geschäften, welche Mengen von Sachen, die nach Gewicht, Maß oder Zahl gehandelt zu werden pflegen, betreffen, einer Stempelsteuer von 20 Pf., aber nach § 5 des Gesetzes keiner weiteren landesgesetzlichen Stempelabgabe unterliegen. Die beiden vorliegenden Verträge betreffen, wie mit dem Landgerichte anzunehmen ist, Mengen von Sachen oder Waaren, die nach Gewicht, Maß oder Zahl gehandelt zu werden pflegen. Die in Frage stehenden Eisenbahnschienen und Achsen aus Flußstahl kommen nicht als individuell bestimmte Sachen, sondern als Gattungssachen in Betracht. Die Gattung ist zwar nicht die der Eisenbahnschienen und die der Achsen für Eisenbahnwagen überhaupt. Es sollen Schienen und Achsen einer besonderen, näher bestimmten und begrenzten Gattung gefertigt und geliefert werden. Aber diese Bestimmung und Begrenzung ist nicht von der Art, daß die einzelnen zu liefernden Schienen und Achsen in ihrer individuellen Bestimmtheit in Betracht zu kommen haben. Sie bleiben nach der Gattung bestimmt dergestalt, daß innerhalb dieser Gattung eine jede einzelne Sache durch eine andere vertreten werden kann. Nur ist vermöge jener besonderen Bestimmung und Begrenzung die Gattung, innerhalb deren die Vertretung möglich ist, der Natur der Sache nach eine weniger umfangreiche, als sie ohne jene Bestimmung und Begrenzung sein würde. Auch der Umstand, daß sich die preuß. Eisenbahndirektion bei Abschließung der vorliegenden Werkverdingungsverträge einen gewissen Einfluß auf die Art der Herstellung des Werkes ausbedungen hat, schließt die Annahme nicht aus, daß Gattungssachen, nicht individuell bestimmte Sachen, zum Gegenstande der Werkverdingung gemacht sind. Er erscheint nur geeignet, der Gattung noch eine weitere Beschränkung zu geben. Das in der Tarifnummer 4a des Gesetzes vom 1. Juli 1881 enthaltene Erforderniß aber, welches darin besteht, daß die Sachen nach Gewicht, Maß oder Zahl gehandelt zu werden pflegen, ist im gegebenen Falle ebenfalls vorhanden. Das Vorhandensein folgt einerseits aus dem Inhalte der Verträge selbst, in denen der Preis der von der Eisenbahndirektion bestellten Schienen und Achsen theils nach Gewicht, theils nach Maß, theils nach Zahl bestimmt ist, andererseits aus der Erwägung, daß Werkverdingungs- und Lieferungsverträge, welche Eisenbahnschienen und Achsen für Eisenbahnwagen zum Gegenstande haben, der Natur nach nur von Eisenbahnverwaltungen und zwar über Mengen von dergleichen Sachen geschlossen werden, und daß der Natur der Sache nach eine Eisenbahnverwaltung, die einen Vorrath von Schienen und

lchsen anschaffen, einen vorhandenen vermehren, einen lückenhaften rgänzen will, die Gegenstände der Anschaffung immer nach Gewicht Maß oder Zahl bestellt. Werden die beiden Verträge als Lieferungs-erträge beurtheilt, so würden sie hiernach bei Anwendung des Reichs-esetzes vom 1. Juli 1881 nach Tarifnummer 4a dieses Gesetzes einer Stempelsteuer von 20 Pf. aber nach § 5 des Gesetzes keiner weiteren ındesgesetzlichen Stempelsteuer unterworfen gewesen sein. Der § 9 es Gesetzes vom 1. Juli 1881 setzt zwar eine Reihe von Ausnahmen est, in denen die Erhebung der in der Tarifnummer 4a festgesetzten Stempelsteuer unterbleiben soll, so daß insoweit für die Fortdauer er landesgesetzlichen Stempelsteuer Raum gelassen ist. Allein auf en vorliegenden Streitfall ist keine jener Ausnahmebestimmungen an-uwenden, auch nicht die im § 9 zu c gegebene, welche sich auf die Verträge über Sachen und Waaren bezieht, die weder zum Gebrauche ls gewerbliche Betriebsmaterialien, noch zur Wiederveräußerung in erselben Beschaffenheit oder nach vorgängiger Bearbeitung oder Verarbeitung bestellt sind. Wenn der Beklagte geltend zu machen ucht, daß die zum Gegenstande der vorliegenden Verträge gemachten Schienen und Achsen keine gewerblichen Betriebsmaterialien, sondern ie ersteren Baumaterialien, die letzteren Betriebsmittel seien, so läßt ch ihm hierin nicht beitreten. Schienen und Achsen sind Gegen-ände, welche bei dem Betriebe des Eisenbahngewerbes unmittelbar enutzt werden sollen (Art. 273 Abs. 2 H.G.B.). Als solche fallen e unter den Begriff des gewerblichen Betriebsmaterials.

Die Bestimmung zu Nr. 4a des Tarifs des Reichsgesetzes vom . Juli 1881 konnte indeß bis zur Einführung des preuß. Gesetzes om 6. Juni 1884 die vorliegenden Verträge darum nicht treffen, weil ie Verträge nicht unter den Begriff des Lieferungsvertrages, sondern nter den des Verdingungsvertrages fallen. Werkverdingungsver-räge aber waren bei Einführung des Reichsgesetzes vom 1. Juli 1881 en Lieferungsverträgen noch nicht gleichgestellt. Auf sie fand also as Gesetz vom 1. Juli 1881 überhaupt keine Anwendung. Sie lieben nach wie vor dem allgemeinen Vertragsstempel des preuß. Gesetzes vom 7. März 1822 unterworfen. Jene Gleichstellung trat rst, und zwar nur für Werkverdingungsverträge, Inhalts deren der Uebernehmer auch das Material für das übernommene Werk ganz der theilweise anzuschaffen hat, und nur, wenn das Werk in der Herstellung einer beweglichen Sache besteht, auf Grund des preuß. Gesetzes vom 6. Juni 1884 (§ 2) ein. Das letztere Gesetz bezweckte

der bezeichneten Art von Werkverdingungsverträgen und der Lieferungsverträge. Damit, daß beiderlei Verträge gleichgestellt wurden, trat die Nöthigung ein, Werkverdingungsverträge über Herstellung beweglicher Sachen aus einem von dem Uebernehmer ganz oder theilweise anzuschaffenden Stoffe regelmäßig nach den für Lieferungsverträge geltenden Bestimmungen des preuß. Stempelgesetzes vom 7. März 1822, mit Zugrundelegung des für das Werk bedungenen Gesammtpreises, also in Höhe eines Drittels vom Hundert dieses Preises, zu versteuern. Soweit aber für gewisse Arten von Lieferungsverträgen bei Einführung des preuß. Gesetzes vom 6. Juni 1884 besondere Bestimmungen in Geltung waren, müßten Werkverdingungsverträge, welche auf Grund ihrer Gleichstellung mit den Lieferungsverträgen in die Kategorie jener besonderen Arten von Lieferungsverträgen zu bringen sind, nun auch nach den für diese Arten von Lieferungsverträgen geltenden Grundsätzen behandelt werden. Werkverdingungsverträge also, welche die Herstellung von Mengen solcher Sachen oder Waaren, die nach Gewicht, Maß oder Zahl gehandelt zu werden pflegen, zum Gegenstande haben, und nicht von den Ausnahmebestimmungen des § 9 des Gesetzes vom 1. Juli 1881 betroffen werden, fallen nach Einführung des preuß. Gesetzes vom 6. Juni 1884 unter die Tarifnummer 4a des Reichsgesetzes vom 1. Juli 1881, unterliegen mithin einem Stempel von 20 Pf. Dem höheren Stempel von einem Drittel vom Hundert des bedungenen Gesammtpreises (§ 2 des Gesetzes vom 6. Juni 1884) können sie nicht unterworfen sein. Denn wenn das preuß. Gesetz ihre Versteuerung dadurch vermittelt werden läßt, daß sie den Lieferungsverträgen gleichgestellt sein sollen, so müssen die für Lieferungsverträge der fraglichen Art geltenden Bestimmungen, zu denen die Tarifnummer 4a des Reichsgesetzes vom 1. Juli 1881 gehört, auf sie Anwendung finden. So würden auch die vorliegenden Verträge nach Einführung des preuß. Gesetzes vom 6. Juni 1884 zu versteuern gewesen sein. Anders wieder stellt sich die Besteuerungsfrage nach dem Reichsgesetz vom 29. Mai 1885. Dies Gesetz hebt die in der Tarifnummer 4a des Reichsgesetzes vom 1. Juli 1881 enthaltene Bestimmung auf und setzt an Stelle derselben die in dem Tarif zu 4 des neuen Gesetzes enthaltenen Vorschriften, welche Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte nur in denjenigen Fällen einer Stempelsteuer unterwerfen, wenn sie über ausländische Banknoten, ausländisches

Börse über börsenmäßig gehandelte Mengen von Waaren geschlossen werden. Unter diese Bestimmungen fallen die in Frage stehenden Verträge nicht. Dieselben sind daher von der Stempelsteuer des Reichsgesetzes vom 1. Juli 1881 befreit. Und es fragt sich, ob mit der Aufhebung der betreffenden Bestimmung des Reichsgesetzes vom 1. Juli 1881 der frühere Rechtszustand für Lieferungsverträge wiederhergestellt ist und das preuß. Gesetz vom 6. Juni 1884 gegenüber jener wiederhergestellten älteren Gesetzgebung wirksam zu werden hat. Diese Frage muß nach der in dem Urtheile des zweiten Civilsenats des Reichsgerichts vom 4. Oktober 1887 (Entsch. Bd. 19 S. 177) enthaltenen Rechtsauffassung, der sich der vierte Civilsenat bereits mehrfach angeschlossen hat, dahin entschieden werden, daß mit der Beseitigung der auf Lieferungsverträge bezüglichen Bestimmung des Reichsgesetzes vom 1. Juli 1881 der frühere Rechtszustand nicht von selbst wieder hergestellt worden ist. Daraus folgt weiter, daß, wenn die vorliegenden Verträge nach Tarifnummer 4a des Reichsgesetzes vom 1. Juli 1881 in Verbindung mit § 2 des preuß. Gesetzes vom 6. Juni 1884 als Werkverdingungsverträge, die den nach Tarifnummer 4a des ersteren Gesetzes zu versteuernden Lieferungsverträgen gleichgestellt sind, bis zur Einführung des Reichsgesetzes vom 29. Mai 1885 mit 20 Pf. zu versteuern gewesen wären, sie nunmehr nach Einführung dieses letzteren Gesetzes einer Stempelsteuer überhaupt nicht mehr unterworfen sind. Es läßt sich nicht annehmen, daß das preuß. Gesetz vom 6. Juni 1884, wenn dasselbe in seiner Bedeutung für die nach Tarifnummer 4a des Reichsgesetzes vom 1. Juli 1881 zu beurtheilenden Werkverdingungsverträge durch das Reichsgesetz vom 29. Mai 1885 beseitigt worden ist, nun, insoweit es durch letzteres Gesetz beseitigt ist, mit der älteren preuß. Gesetzgebung in der Art in Verbindung gebracht werden kann, daß Werkverdingungsverträge, welche in der Zeit von der Einführung des preuß. Gesetzes vom 6. Juni 1884 bis zu der des Reichsgesetzes vom 29. Mai 1885 einer Steuer von 20 Pf. unterworfen gewesen sind, nach Einführung des Gesetzes vom 29. Mai 1885 auf Grund des preuß. Gesetzes vom 6. Juni 1884 der bis zur Einführung des Gesetzes vom 1. Juli 1881 für Lieferungsverträge vorgeschriebenen Stempelsteuer, also, nachdem die Kabinets-Ordre vom 30. April 1847 durch § 1 des preuß. Gesetzes vom 6. Juni 1884 aufgehoben worden, ohne Rücksicht auf

Nr. 106.

R.Stemp.G. v. 29. Mai 1885 §§ 6, 7, 10. Ist jedes Abwickelungsgeschäft eines Kommissionärs stempelpflichtig, ohne Unterschied, ob er als Selbstkontrahent aufgetreten ist, oder zum Zwecke der Erfüllung des Auftrags ein Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen hat? Regelt sich die Versteuerung des Abwickelungsgeschäfts schlechthin entsprechend der Versteuerung des vom Kommissionär abgeschlossenen Ankaufsgeschäfts?

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 15. November 1888 in Sachen des preuß. Fiskus, Beklagten, wider die Handlung Sch. u. Ko., Klägerin. IV. 144/88.)

Auf die Revision des Beklagten ist das Urtheil des preuß. Kammergerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Es handelt sich um die Versteuerung eines Abwickelungsgeschäfts zwischen Kommissionär und Kommittent auf Grund des Reichsstempelgesetzes vom 29. Mai/3. Juni 1885. Die Klägerin hat im Juni 1887 im Auftrage und für Rechnung der Frau Helene Sch. Werthpapiere der unter Nr. 1 des Tarifs zum Gesetze bezeichneten Art an der Berliner Börse in verschiedenen Akten und von verschiedenen Personen gekauft und der Kommittentin über die Ausführung des Auftrags in einem Schreiben Anzeige gemacht. Ueber die verschiedenen Geschäfte zwischen der Klägerin und den Dritten sind drei Schlußnoten, über das Abwickelungsgeschäft zwei Schlußnoten ausgestellt. Von den letzteren betrifft die eine Werthpapiere zum Preise von 28695 M., die andere Werthpapiere zum Preise von 29050 M. und eine jede derselben ist mit 2 M. versteuert. Wie die Steuerbehörde annimmt, stellt sich das Abwickelungsgeschäft als ein einheitliches Geschäft dar, so daß nur eine Schlußnote über ein Geschäft im Werthe von 57745 M. auszustellen gewesen wäre, welches einer Steuer von 5 M. unterlegen hätte. Die Differenz von 1 M. bildet den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits.

Das Berufungsgericht ist, im Wesentlichen aus denselben Gründen wie der erste Richter, der fiskalischen Auffassung entgegengetreten. Wie ausgeführt wird, ist das sogenannte Abwickelungsgeschäft zwischen dem Einkaufs-Kommissionär und dem Kommittenten, wenn ersterer wirklich für Rechnung des letzteren von Dritten angekauft hat, nur

Annahme und Ausführung des Auftrags gegen den Kommittenten erwachsenden Pflichten und folglich kein Anschaffungsgeschäft im Sinne des Reichsstempelgesetzes. Andererseits sei durch Art. 376 H.G.B. dem Kommissionär die Befugniß eingeräumt, die Kommission als Selbstkontrahent auszuführen, und dem Kommittenten das Recht beigelegt, den Kommissionär selbst als Verkäufer in Anspruch zu nehmen, falls dieser nicht zugleich mit der Anzeige der Ausführung des Auftrags eine andere Person als Verkäufer namhaft mache; in diesem Falle liege ein Anschaffungsgeschäft zwischen Kommissionär und Kommittent vor. Lediglich um der hiernach möglichen Ungewißheit vorzubeugen, belege das Gesetz im Steuerinteresse sowohl das Geschäft zwischen Kommissionär und Dritten als auch das Abwickelungsgeschäft zwischen Kommissionär und Kommittent mit einer Abgabe. Die rechtliche Natur der Abwickelung sei aber in den verschiedenen Fällen hierdurch nicht geändert worden, und diese rechtliche Natur sei zunächst auch für die vorliegende Frage, ob ein oder mehrere Geschäfte zu versteuern seien, entscheidend. Wenn nun, wie hier, der Kommissionär für Rechnung des Kommittenten an der Börse eingekauft habe, könne die Abwickelung in der fraglichen Hinsicht keiner anderen Beurtheilung unterliegen, als das im Auftrage des Kommittenten ausgeführte Geschäft selbst, und da unzweifelhaft die von der Klägerin im Auftrage der Frau Sch. effektuirten Ankäufe an der Börse als mindestens zwei, und nicht als ein Geschäft, erscheinen, umfasse auch die Abwickelung zwei Geschäfte. Gleichgültig sei es dabei, ob die Ausführung der Aufträge der Kommittentin in einem Schreiben mitgetheilt sei, denn die Zusammenfassung der Anzeige in einem Schreiben bewirke nicht das Vorhandensein eines einheitlichen Abwickelungsgeschäfts, wenn materiell verschiedene Abwickelungsgeschäfte vorhanden seien.

Diese Annahmen werden von der Revision mit Recht bemängelt.

Nach § 6 des Reichsstempelgesetzes und Ziffer 4 des Tarifs zu demselben ist die Stempelabgabe von dem abgeschlossenen Kauf- oder sonstigen Anschaffungsgeschäfte zu entrichten, und es bestimmt § 7 Absatz 3 des Gesetzes, daß, wenn das Geschäft von einem Kommissionär (Art. 360 H.G.B.) abgeschlossen, die Abgabe sowohl für das Geschäft zwischen dem Kommissionär und dem Dritten, als auch für das Abwickelungsgeschäft zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten zu entrichten ist, — sofern nicht die Bestimmung des § 12 Absatz 2 eintritt, welcher Ausnahmefall hier nicht vorliegt. Das Gesetz faßt

also, abgesehen von dieser Ausnahme, was die Besteuerung anlan
das Abwickelungsgeschäft zwischen dem Kommissionär und dem Ko
mittenten als ein neben dem Geschäfte zwischen dem Kommissio
und dem Dritten bestehendes besonderes Kauf- oder Anschaffungsge
auf, und folgeweise belegt es mit der Abgabe j e d e s Abwickelungsgesc
ohne Unterschied, ob der Kommissionär als Selbstkontrahent e
getreten ist oder zum Zwecke der Erfüllung des Auftrags ein Ge
mit einem Dritten abgeschlossen hat. Hiervon geht auch das Beru
gericht aus, ebenso wie zwischen Parteien nach dieser Richtung e
Differenz nicht besteht.

Streitig ist nur, nach welchen Grundsätzen die vom dem A
wickelungsgeschäfte zu entrichtende Abgabe zu bemessen ist. In d
Hinsicht nimmt der Berufungsrichter an, daß, wenn thatsächli
Kommissionär zum Zwecke der Ausführung des Auftrags mit Dr
kontrahirt hat, dieser Geschäftsschluß regelmäßig auch für die B
theilung der Abwickelung zwischen Kommissionär und Kommitt
entscheidend sei, so daß im gegebenen Falle, in welchem die von
Klägerin im Auftrage der Frau Sch. effektuirten Ankäufe an
Börse als m e h r e r e Geschäfte erscheinen, auch die Abwicke
m e h r e r e Geschäfte umfasse und solche daher nicht als ein einh
l i c h e s Geschäft zur Versteuerung zu ziehen sei. Dieser Grun
ist jedenfalls in der Allgemeinheit, wie er aufgestellt ist, nicht a
richtig anzuerkennen. Ob derselbe Platz greift, wenn der Kommission
dem Kommittenten mit der Anzeige über die Ausführung des A
trags andere Personen als Verkäufer namhaft macht, kann unerö
bleiben, da dieser Fall hier nicht als vorliegend anzusehen ist. Da
daß die Klägerin der Frau Sch. bei der Anzeige über die Auftrags
erledigung diejenigen Personen, von welchen sie die Effekten gek
bezeichnet hat, ist von ihr nicht behauptet worden; nach dem f
gestellten Thatbestande hat sie vielmehr die Frau Sch. nur im All
meinen von der geschehenen Anschaffung der Papiere in Kenntn
gesetzt, und deshalb ist bei der gegenwärtigen Beurtheilung davo
auszugehen, daß mit der fraglichen Anzeige die Namhaftmachung d
Verkäufer n i c h t verbunden gewesen ist. Letzteres vorausgesetzt,
aber gemäß § 376 Absatz 3 H.G.B. die Befugniß der Frau Sc
begründet, die Klägerin als Selbstverkäuferin in Anspruch zu nehme
und daraus ergiebt sich als rechtliche Folge, daß bei der Regelu
des Rechtsverhältnisses zwischen der Frau Sch. und der Klägerin d
von der letzteren behufs Ausführung des Auftrags mit dritten Pe

sonen geschlossenen Geschäfte nicht in Betracht kommen, sondern daß allein der Inhalt des Abwickelungsgeschäfts zwischen beiden maßgebend ist, in gleicher Weise wie in dem Falle, wenn Klägerin mit dritten Personen überhaupt nicht kontrahirt hätte. Bei solcher Sachlage muß nun die Annahme ausgeschlossen erscheinen, daß die Versteuerung des Abwickelungsgeschäfts sich schlechthin der Versteuerung der von der Klägerin geschlossenen Ankaufsgeschäfte entsprechend regele. Vielmehr bestimmt sich die Versteuerung des Abwickelungsgeschäfts allein danach, wie dieses Geschäft selbst zu Stande gekommen ist. Und in dieser Hinsicht ist, worin der Revision beizutreten, entscheidend, daß — was Klägerin nicht bestritten hat — die Anzeige über die Ausführung des Auftrags in einem Schreiben erfolgt ist. Denn danach hat die Uebertragung der beorderten Werthpapiere seitens der Klägerin an die Kommittentin durch eine Handlung stattgefunden, und folglich liegt in Betreff aller in der Anzeige aufgeführten Werthpapiere ein einheitliches Abwickelungsgeschäft und mithin nur ein abgabepflichtiges Anschaffungsgeschäft im Sinne des § 10 des Reichsstempelgesetzes vor, über welches die Schlußnote auszustellen war.

Im gleichen Sinne hat das Reichsgericht bereits in den Urtheilen vom 14. Mai 1888 (IV. 46/188) und vom 22. Oktober 1888 (IV. 170/188) entschieden, und von den dort aufgestellten Grundsätzen abzuweichen, giebt die vorliegende Sache keinen Anlaß.

Da das Abwickelungsgeschäft Effekten im Werthe von 57745 M. zum Gegenstande hat, so unterliegt dasselbe nach Ziffer 4 des Tarifs zum mehrerwähnten Gesetze einer Besteuerung in Höhe von 5 M. Der von dem Fiskus erhobene Anspruch ist daher begründet, so daß sich die Klage als hinfällig herausstellt.

Nr. 107.

Was ist unter: „Sachen, welche nach Gewicht, Maß oder Zahl gehandelt zu werden pflegen," (R.Stemp.G. v. 29. Mai 1885 Anmerkung zur Tarifposition 4 B.) zu verstehen? Begriff der Fungibilität von Sachen.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 9. Mai 1889 in Sachen des preuß. Steuerfiskus, Beklagten, wider den Hörder Bergwerksverein, Kläger. IV. 39/89.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preuß. Kammergerichts ist zurückgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Berufungsrichter geht in Anwendung der Anmerkung zur Tarifposition 4 B des Reichsgesetzes vom 29. Mai 1885 davon aus,

bildenden Sachen als Einzelsachen zu den so genannten vertretbaren Sachen gehörten, welche nach Maß, Zahl oder Gewicht gehandelt zu werden pflegten, da die — näher dargelegte — Entstehungsgeschichte des gedachten Gesetzes ergebe, daß man von diesem im Tarife Nr. 4B des Gesetzes vom 1. Juli 1881 aufgestellten Erfordernisse aus praktischen Gründen habe absehen und durch die hinzugefügte Anmerkung die Produzenten bei Veräußerung ihrer Produkte ohne Rücksicht auf die Art der letzteren von der Steuer habe befreien wollen. Entscheidend sei vielmehr für die Anwendung der Anmerkung, daß die den Vertragsgegenstand bildenden Sachen nicht als einzelne nebeneinander bestehende, sondern als Bestandtheile von Mengen, welche als solche vertretbar erschienen, veräußert seien, und es sei auch gleichgültig, ob die in der Menge begriffenen Sachen individuell eigenartig hergestellt seien, sofern nur nicht innerhalb des Gesammtobjekts die Einzelstücke selbst sich individuell von einander unterschieden. Für den vorliegenden Fall erachtet es der Berufungsrichter für nicht zweifelhaft, daß nur Mengen von Sachen in dem bezeichneten Sinne und nicht einzelne Sachen als solche den Gegenstand der Verträge bildeten. —

Diese Ausführung entspricht im Wesentlichen den vom Reichsgericht wiederholt aufgestellten Grundsätzen.

Die Fungibilität (Vertretbarkeit) ist nicht eine natürliche Eigenschaft der Sache, sondern eine ihr vom Verkehr mit Rücksicht auf ihre natürliche Beschaffenheit beigelegte Eigenschaft, welche darauf beruht, daß es innerhalb der betreffenden Gattung zahlreiche Stücke von wesentlich gleicher Beschaffenheit und deshalb gleichem Werthe giebt.

Vergleiche Windscheid, Pandekten Bd. I. § 141; Dernburg, Pandekten Bd. I. § 75 und preuß. Privatrecht Bd. I. § 65; Bekker, System des Pandektenrechts Bd. I. S. 303, 304; Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts (2. Aufl.) Bd. I. S. 21 ff.; Hanausek, Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch S. 11 ff.

Es giebt nun Sachen, bei denen diese Voraussetzungen in dem Maße zutreffen, daß sie allgemein vom Verkehr und deshalb auch im Recht als schlechthin vertretbar behandelt werden. Und diese wollte das Gesetz vom 1. Juli 1881 mit der Definition: „Sachen, welche nach Gewicht, Maß oder Zahl gehandelt zu werden pflegen“ treffen. Bei der Redaktion der Novelle vom 29. Mai 1885 erachtete

nan aber, wie die in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civil-'achen Bd. 20 S. 17 flg. mitgetheilten Materialien ergeben, jenes Merkmal für zu unsicher, weil die heutige Industrie stets neue Massenartikel schaffe und dadurch das Gebiet der vertretbaren Sachen täglich verändere, und man stellte daher in objektiver Hin-'icht ein anderes Merkmal für die der Steuer unterworfenen Ge-'chäfte im Tarif Nr. 4 B auf. Es ist von vornherein nicht anzu-iehmen, daß man gleichwohl in der beigefügten Anmerkung, durch velche man die daselbst bezeichneten Geschäfte im weitesten Umfange teuerfrei machen wollte, auf die für unpraktisch erklärte Definition)es Gesetzes vom 1. Juli 1881 zurückgegriffen haben sollte, und die Wortfassung der Anmerkung giebt zu solcher Annahme ebenfalls nicht)en mindesten Anhalt. Allerdings kann nicht jede Vielheit von Sachen als „Menge" im Sinne der Anmerkung angesehen werden. Sondern es muß sich um eine größere Zahl, die im Sprachgebrauche)es Lebens als Menge bezeichnet wird, von solchen gleichartigen Sachen handeln, welche nach ihrer natürlichen Beschaffenheit und dem Willen der Kontrahenten als unter einander völlig gleichwerthige ind daher insoweit auch vertretbare, in Betracht kommen, ohne daß uf das einzelne Stück für sich irgend ein Gewicht gelegt wird. Dabei ist es denn auch offenbar gleichgültig, ob die Gattung, welcher)ie fraglichen Sachen angehören, durch beigefügte besondere Merkmale veiter oder enger begrenzt ist, wenn nur diese besonderen Merkmale zleicherweise bei allen Stücken derselben zutreffen.

Nr. 108.

Bestimmung des Werthes des Streitgegenstandes bei Klagen auf Rechnungslegung.

C.P.O. § 3. Ger.Kost.Ges. v. 28. Juni 1878 § 10.
(Reichsgericht (III. Civilsenat) B. 63/89.)

Beschluß.

In Sachen der Erben des Lederhändlers Louis E., Kläger, zegen den Lederhändler Theodor W., Beklagten, wegen Rechnungs-ıblage und Entschädigung,

hat das Reichsgericht, III. Civilsenat, in der Sitzung vom 31. Mai 1889 auf die Beschwerde des Beklagten vom 14./15. Mai 1889 beschlossen:

Der angefochtene Beschluß herzogl. braunschweig. Oberlandesgerichts u Braunschweig vom 8. März 1889 wird aufgehoben, und wird

2000 Mark festgestellt. Diese Entscheidung ergeht gebührenfrei.

Das Theilurtheil der 3. Civilkammer des herzogl. Landgerichts zu Braunschweig vom 15. Juni 1887 hatte ausschließlich über den in der Klage erhobenen Anspruch auf Rechnungsablage entschieden, und handelte es sich in der Berufungsinstanz allein um diesen Theil der Klageforderung. Mit Recht hat das Oberlandesgericht angenommen, daß auch insoweit ein vermögensrechtlicher schätzbarer Anspruch vorliege, und daher für die Bestimmung des anzunehmenden Werthes desselben der vom Beklagten in Bezug genommene § 10 des Gerichtskostengesetzes keine Anwendung finden könne. Unzutreffend ist dagegen die Annahme, daß der Werth des Anspruchs auf Rechnungsablage nur nach der Höhe des Hauptanspruchs geschätzt werden könne, und daher auf 75000 M. festzusetzen sei. Der Werth des Anspruchs auf Rechnungsablage ist nicht allgemein dem Werthe desjenigen Anspruchs gleich, zu dessen künftiger Realisirung die Rechnungslegung begehrt wird, sondern derselbe ist in jedem Falle selbstständig gemäß § 3 C.P.O. nach freiem richterlichen Ermessen zu schätzen. Die gegentheilige Annahme des Oberlandesgerichts wird auch nicht durch die dafür in Bezug genommenen Entscheidungen des Reichsgerichts bei Bolze, Praxis des R.G. Bd. 4 Nr. 1079 und Bd. 5 Nr. 958 begründet, vielmehr geht aus diesen die Klage auf Vorlegung eines Inventars resp. auf Herausgabe von Urkunden betreffenden Entscheidungen hervor, daß der Werth des Streitgegenstandes nach den konkreten Umständen und dem Interesse des Klägers frei arbitrirt ist, — vgl. auch hiesige Entscheidungen Bd. 3 S. 96. — Hiermit stimmt auch der weiter vom Oberlandesgerichte angezogene Wach, Handbuch des Civilprozesses § 31 S. 390 und Gaupp, Kommentar zur C.P.O. 2. Aufl. S. 28 sub II. überein, welche beiden Schriftsteller ausdrücklich betonen, daß der Werth des Anspruchs, welcher vorbereitet werden soll, nur als Maximalgrenze für den Werth präparatorischer Ansprüche in Betracht kommen könne. Bei freier Schätzung erschien es aber nach den Umständen des Falles ausreichend, den Werth des Streitgegenstandes für die Berufungsinstanz auf 2000 Mark zu bestimmen, und ist demgemäß auf die Beschwerde des Beklagten entschieden.

Nr. 109.

Berufung gegen ein Urtheil des Landgerichts, durch welches dasselbe die Einrede der Unzuständigkeit verworfen hat?

C.P.O. § 10.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 27. Juni 1889 in Sachen Sch. Beklagten, wider E., Klägerin. IV. 93/89.)

Die Revision des Bekagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Königsberg ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Die Klägerin behauptet, daß der Beklagte der Vater ihrer am 30. Januar 1860 außer der Ehe geborenen Tochter ist, und ihr gleich nach der Geburt des Kindes ein Hypothekendokument über 300 M. mit dem Versprechen übergeben hat, für die weiteren Alimente sorgen zu wollen; daß sie das Kind aber bis zum vierzehnten Lebensjahre auf ihre eigenen Kosten unterhalten und erzogen hat. Sie fordert daher vom Beklagten mit ihrer beim Landgericht zu Insterburg erhobenen Klage die Alimente für 14 Jahre, d. h. abzüglich der erhaltenen 300 M. den Betrag von 1212 M.

Der Beklagte hat unter Verweigerung der Verhandlung zur Hauptsache die Einrede zur Unzuständigkeit des Landgerichts erhoben und die Zuständigkeit des Amtsgerichts behauptet.

Das Landgericht hat die Einrede verworfen, und das Oberlandesgericht die Berufung des Beklagten, welche mit dem Antrage eingelegt war:

das Landgericht zu Insterburg für unzuständig zu erkären,

zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Da in den Vorinstanzen ausschließlich über die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts entschieden ist, so ist die Revision ohne Rücksicht auf den Beschwerdegegenstand zulässig (§ 509 C.P.O.).

Nach § 10 C.P.O. kann das Urtheil eines Landgerichts nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen sei.

Im vorliegenden Falle ist zwar das landgerichtliche, die Einrede der Unzuständigkeit verwerfende Urtheil vom Beklagten nicht angefochten, weil das Landgericht für dieses Urtheil über die prozeßhindernde Einrede nicht zuständig war, sondern deshalb, weil in diesem Urtheil nicht die Unzuständigkeit des Landgerichts ausgesprochen ist. Indessen mit der Verwerfung dieser ein Element der künftigen

in der Hauptsache für zuständig erachte.

Mit dem Berufungsantrage:

das Landgericht für unzuständig zu erklären,

hat hiernach der Beklagte das landgerichtliche über die prozeßhindernde Einrede ergangene Urtheil lediglich aus dem Grunde angefochten, weil in diesem Element des künftig zur Sache zu erlassenden Urtheils nicht die Zuständigkeit des Amtsgerichts ausgesprochen ist.

In der That hat also der Beklagte mit seiner Berufung das Urtheil eines Landgerichts aus dem Grunde angefochten, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet sei. Nach dem Berufungsantrage ist dies das Einzige, wodurch Beklagter sich beschwert fühlt.

Daß aber der § 10 auch anzuwenden ist, wenn mit der Einrede die Zuständigkeit des Amtsgerichts nicht auf die Geringwerthigkeit des Streitgegenstandes (§ 23 Nr. 1 des G.V.G.), sondern auf die Voraussetzung, unter welcher nach § 23 Nr. 2 daselbst das Amtsgericht ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes zuständig ist, gestützt wird, ist bereits durch das in den Entscheidungen des R.G. in Civilsachen Bd. 11 S. 432 mitgetheilte Urtheil des vierten Civilsenats ausgesprochen.

In den Gründen dieses Urtheils ist auch ausdrücklich ausgeführt, daß die Bestimmung des § 248 C.P.O.:

daß das nach erfolgter Anordnung der abgesonderten Verhandlung über eine prozeßhindernde Einrede ergehende, die Einrede verwerfende Urtheil in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen ist,

sowie die fernere Bestimmung des § 472 daselbst:

daß die Berufung gegen die in erster Instanz ergangenen Endurtheile stattfindet,

nur mit der aus der Spezialbestimmung des § 10 daselbst sich ergebenden Einschränkung zu verstehen sind.

(Vgl. auch die Entsch. des 5. Civilsenats Bd. 13 S. 367.) Hiernach ist die in dem angefochtenen Urtheil ausgesprochene Zurückweisung der Berufung schon aus diesem nach § 497 C.P.O. an erster Stelle in Betracht zu ziehenden Grunde wohl begründet und daher die Revision als unbegründet zurückzuweisen, ohne daß es erforderlich ist, auf die Entscheidungsgründe des Berufungsgerichts näher einzugehen.

Daß das Berufungsgericht bei dieser Sachlage die Berufung urückgewiesen hat, statt dieselbe als unzulässig zu verwerfen, ist kein Revisionsgrund. Denn der Unterschied ist nur ein äußerlicher; durch ie Abweisung ist der Revisionskläger nicht verletzt und ihm daher eine Veranlassung zur Revision gegeben. Wesentlich an der Entheidung des Berufungsgerichts ist nur die Verwerfung der Beufung, gleichviel: ob dieselbe aus formellen oder aus materiellen Gründen erfolgt.

Vgl. Entsch. des R.G. in Civilsachen Bd. 5 S. 415.

Nr. 110.

Gerichtsstand des Erfüllungsortes. Bezieht sich § 29 C.P.O. nur auf Klagen aus einem „Vertrage", oder findet er auch Anwendung bei Klagen des Ausstellers eines Wechsels gegen den Akzeptanten?

Urtheil des Reichsgerichts (I. Civilsenat) vom 9. Juli 1888 in Sachen H., Klägers, wider W., Beklagten. I. 173/88.)

Auf die Revision des Klägers ist das Urtheil des preuß. Oberandesgerichts zu Marienwerder aufgehoben, und die Sache in die I. Instanz zurückverwiesen.

Thatbestand:

Die Handlung G. H. in Thorn hat auf den in Kruschwitz wohnenden Beklagten einen Wechsel über 4000 M. an eigne Ordre gezogen und bei sich selbst in Thorn domizilirt. Der Beklagte hat den Wechsel akzeptirt. Durch Indossament hat die Ausstellerin den Wechsel an die Filiale der Weimarschen Bank in Berlin übertragen. Diese hat den bei Verfall nicht honorirten Wechsel protestiren lassen. Von derselben hat den Wechsel eingelöst der Kaufmann G. H. Dieser klagt die Wechselsumme mit Zinsen im ordentlichen Prozeß ein bei dem Landgericht Thorn, zu dessen Sprengel der Wohnort des Beklagten, Kruschwitz, nicht gehört.

Der Beklagte erhebt zunächst die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts, welche er so begründet. Der Kläger, der, da er die Handlung G. H., deren alleiniger Inhaber er zur Zeit der Wechselausstellung gewesen, veräußert habe, nicht in Wechselzug stehe, habe durch die bloße Einlösung des Wechsels kein Wechselrecht gegen den Beklagten erworben, sondern höchstens einen civilrechtlichen Anspruch, der im persönlichen Gerichtsstand des Beklagten beim Landgericht Bromberg geltend zu machen sein würde. Die materiellen Einreden interessiren jetzt nicht.

Wechsel und in der Sache selbst gemäß dem Klagantrag erkannt. Zur Begründung der ersteren Entscheidung wurde ausgeführt, für den Anspruch aus dem Akzept sei das Gericht des Zahlungsortes zweifellos zuständig. Stehe der Anspruch dem Kläger nicht zu, so sei nicht beim unzuständigen Gericht geklagt worden, sondern die Klage sei unbegründet. Es wird dann ausgeführt, der Kläger sei Wechselgläubiger des Beklagten.

Auf Berufung des Beklagten wurde in zweiter Instanz die Klage abgewiesen.

Der Berufungsrichter tritt dem ersten Richter darin bei, daß die Begründung der Einrede nicht zur Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts führen würde. Allein der Beklagte habe einmal den Einwand der Unzuständigkeit erhoben und habe auf Befragen noch insbesondere erklärt, diese Einrede ohne Rücksicht auf ihre Begründung ganz im Allgemeinen aufrecht zu erhalten. Die Frage habe daher erörtert werden müssen.

Aus § 566 C.P.O. könne die Zuständigkeit nicht abgeleitet werden, denn diese Bestimmung beziehe sich nur auf im Wechselprozeß geltend gemachte Ansprüche.

§ 29 C.P.O. aber beziehe sich nur auf die Klage auf Erfüllung eines Vertrags. Aus einem Vertrag werde hier nicht geklagt. Es könne dahin gestellt bleiben, ob zwischen dem Akzeptanten und dem Aussteller beziehentlich Remittenten, Indossatar ein Vertragsverhältniß zu Stande komme. Der Kläger klage weder als Aussteller, noch als Remittent, noch als Indossatar. Der Kläger „habe als Aussteller den Wechsel im Regreßweg vom letzten Inhaber einlösen müssen und nehme deshalb den Beklagten als Akzeptanten in Anspruch.“ Dieser Anspruch beruhe lediglich auf dem Gesetz (Art. 81 W.O.), nicht auf einem Vertrag.

Entscheidungsgründe.

Der Berufungsrichter läßt es, wie aus seinen Ausführungen sich ergiebt, dahingestellt, ob das angerufene Gericht dann zuständig sein würde, wenn der Kläger, ohne den Wechsel begeben zu haben, gegen den Akzeptanten eine Klage im ordentlichen Prozeß angestellt hätte. Die Zuständigkeit ist nach ihm jedenfalls dadurch ausgeschlossen, daß der Kläger „weder als Aussteller, noch als Remittent, noch als Indossatar klage.“ Diese letztere Annahme ist

ne irrthümliche und wird dadurch nicht begründet, daß es weiter ißt, „der Kläger habe als Aussteller den Wechsel im Regreßweg nlösen müssen und nehme deshalb den Akzeptanten in Anspruch.“ ie Klage ist erhoben auf Grund des Rechtsverhältnisses, in welches r Kläger als der Aussteller des Wechsels zum Beklagten, als dem kzeptanten, getreten ist. Durch die Akzeptation erwirbt der ussteller gegen den Akzeptanten einen Anspruch auf Zahlung der Sechselsumme. Voraussetzung zur Ausübung dieses Rechts ist allerngs das legitimirte Innehaben des Wechsels; gleichgültig aber ist ., ob der Aussteller den Wechsel noch nicht aus der Hand gegeben, der ob er denselben im Regreßweg eingelöst hat, und es entsteht n letzteren Fall das Recht nicht etwa erst mit der Einlösung (vergl. ntscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. XXIII Nr. 1 S. 1).

Es kann sich also nur noch fragen, wie die oben erwähnte, vom erufungsrichter unentschieden gelassene Frage zu beantworten ist.

Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts ist von der C.P.O. nicht eu geschaffen, sondern aus dem früheren Recht übernommen und us der Fassung des § 29 des Gesetzes (wie auch schon des Entwurfs) geht deutlich die Absicht hervor, diesen Gerichtsstand in weitem mfang anzuerkennen und die bestehenden Kontroversen demgemäß u entscheiden. Schon aus diesem Grund erscheint es nicht angezeigt, das Wort „Vertrag“ in der Art auszulegen, daß es nur von iner zwischen zwei bestimmten einander direkt gegenüber getretenen Personen auf Entstehung einer Obligation gerichteten Willenseinigung erstanden würde. Insbesondere spricht aber gegen ein solches Verständniß, daß es dann im weiten Gebiet der Ordre- und Inhaberpapiere von der theoretischen Auffassung des Einzelnen abhängen würde, ob das Gericht des Zahlungsorts für Klagen aus solchen begründet wäre.

Der vorliegende Fall bietet keine Veranlassung, über den ganzen Umfang der Bestimmung des § 29 C.P.O. sich auszusprechen. Jedenfalls aber ist das Gesetz so aufzufassen, daß durch dasselbe der Gerichtsstand des Erfüllungsorts für eine Klage des Ausstellers gegen den Akzeptanten begründet erscheint.

Aus diesem Grund mußte das angefochtene Urtheil aufgehoben, und die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen werden.

Verwaltung eines ganzen Vermögens voraus? Umfang der in diesem Gerichtsstand verfolgbaren Klagen zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer.

(Urtheil des Reichsgerichts (III. Civilsenat) vom 28. Juni 1889 in Sachen L. Beklagten, wider B., Kläger. III. 121/89.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Kiel ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Nach der Behauptung des Klägers — und auf diese kommt es für die Kompetenzfrage allein an — hat der Beklagte, welcher Pferdehändler ist, und sich namentlich mit Haltung von Deckstationen beschäftigt, eine solche für eigene Rechnung auch in des Klägers Gehöft angelegt und mit diesem dahin einen Vertrag geschlossen, daß derselbe für Rechnung des Beklagten die mit der Unterbringung und dem Unterhalt zweier dort einzustellenden Hengste verbundenen Unkosten verauslage und andererseits das Deckgeld für ihn vereinnahme. Hierin liegt die Uebertragung einer Vermögensverwaltung im Sinne des § 31 C.P.O., welcher keineswegs die Verwaltung eines ganzen Vermögens voraussetzt, sondern nur verlangt, daß nicht bloß ein einzelnes vorübergehendes Geschäft, sondern ein Komplex gleichartiger, dauernder Geschäfte zur fortgesetzten Ausführung übertragen wird (vgl. Entsch. des R.G. Bd. 20 S. 365). Für die sich aus der Verwaltung eines solchen Geschäftskomplexes ergebenden Klagen zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer soll das Gericht des Orts der geführten Verwaltung zuständig sein. Zu diesen Klagen gehören aber alle durch die Uebertragung jenes Geschäftskomplexes begründeten, namentlich also die hier erhobenen Klagen auf Ersatz von Auslagen für Zwecke der Geschäftsführung so gut wie die auf Ersatz für den durch vertragswidrige Abnahme der letzteren entgangenen Gewinn. Es liegt also hier keine Verletzung des § 31 C.P.O. vor, wenn der Berufungsrichter das Landgericht Flensburg für zuständig zur Verhandlung und Entscheidung der Sache erachtet hat.

Nr. 112.

ann der von einer Ehefrau im Beistande ihres Mannes angestellten lage die Einrede entgegengesetzt werden, die eingeklagte Forderung nterliege dem Nießbrauch des Ehemannes, und die Klage müsse deshalb von beiden Eheleuten erhoben werden?

C.P.O. § 51. A.G.O. I. 1 § 19.

Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 4. April 1889 in Sachen K., Beklagten, wider Sch. im ehelichen Beistande, Klägerin. IV. 11/89.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preuß. Ober=ındesgerichts zu Naumburg ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die von der Ehefrau Sch. „im ehemännlichen Beistande" er=obene Klage gründet sich auf den Erbtheilungsvertrag vom 31. Ja=uar 1862. In diesem Vertrage hat der Beklagte das väterliche achlaßgrundstück übereignet erhalten und sich verpflichtet, der Klä=erin, seiner Schwester, nach Ablauf eines Jahres 2000 Thaler zu ahlen. Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe bisher nur 000 Mark und die Zinsen bis 1. Oktober 1876 bezahlt. Sie for=ert deshalb 3000 Mark nebst 4 Prozent Zinsen seit dem 1. Ok=ober 1876.

Das Landgericht hat den Beklagten dem Antrage der Klägerin emäß verurtheilt. Die Berufung des Beklagten ist zurückgewiesen. Die gegen das Berufungsurtheil eingelegte Revision ist unbegründet.

1. Der Beklagte hat eingewendet, er habe auf die eingeklagte Forderung an den Ehemann der Klägerin im Beisein derselben am . März 1866 400 Thlr., am 11. Juli 1867 100 Thlr., am 10. No=vember 1869 200 Thlr., im Jahre 1874 600 Thlr. bezahlt, und ich in erster Instanz auf das Zeugniß des Ehemanns der Klägerin erufen. Der letztere ist von dem Landgerichte über diese von der Klägerin bestrittene Zahlungseinrede wiederholt als Zeuge vernommen und hinterher beeidet, durch dieses für glaubhaft erachtete Zeugniß iber die Zahlungseinrede für widerlegt erachtet worden.

In der Berufungsinstanz hat der Beklagte über die Zahlungs=einrede der Klägerin, sowie für den Fall, daß der Ehemann der=elben, da sie im ehelichen Beistande klage, als selbständige Prozeß=partei gelten sollte, auch diesem den Eid zugeschoben. Beide Ehe=leute haben diesen Eid angenommen und die Ehefrau den Eid, über dessen Erheblichkeit und Norm die Parteien einverstanden waren, verneinend abgeleistet. Von dem Ehemanne hat das Berufungs=

zur Klage sei in Betreff des Kapitalrestes die Ehefrau im Beistande ihres Ehemannes; dieser Beitritt mache den Ehemann nicht zur selbständigen Prozeßpartei neben der Klägerin, sondern ergänze nur die materiell-rechtliche, durch die Verwaltungs- und Nießbrauchsrechte des Mannes gebundene Dispositionsfähigkeit der Frau. Aus diesem Grunde hat das Berufungsgericht den zugeschobenen Eid nur von der Ehefrau, nicht auch von dem Ehemanne erfordert und durch die Eidesleistung der Ehefrau den Zahlungseinwand als widerlegt erachtet.

Hiergegen hat die Revision unter der Rüge einer Verletzung der Vorschriften über die Eideszuschiebung — §§ 410, 414, 425 C.P.O. — ausgeführt: die im Prozeßrubrum gewählte Bezeichnung der Zuziehung des Ehemannes mit den Worten „im ehelichen Beistande" sei für die prozessuale Karakterisirung der Stellung des Ehemannes bedeutungslos; ein „Beistand" sei der C.P.O. nur im amtsgerichtlichen Verfahren bekannt (§ 86). Beim Mangel jeder anderen prozessualen Form, unter welche die unausgesetzte Theilnahme des Ehemanns am Prozeßbetriebe subsumirt werden könnte, sei daher solche als Streitgenossenschaft im Sinne des § 56 C.P.O. aufzufassen.

Dieser Angriff konnte keinen Erfolg haben. Zwar läßt die Prozeßfähigkeit der Frau (§ 51 C.P.O.) die dem Manne an dem eingebrachten Vermögen seiner Ehefrau gesetzlich zustehenden Rechte unberührt, und zu diesen Rechten gehört das dem Manne an den auf den Namen der Frau geschriebenen Kapitalien zustehende, wenngleich an die Einwilligung der Frau gebundene Verfügungsrecht (§§ 231, 233 A.L.R. II. 1). Hieraus ergiebt sich die Nothwendigkeit der Zuziehung beider Eheleute zu einem Prozesse über ein solches Kapital (§ 19 A.G.O. I. 1). Allein dieses Recht des Ehemannes begründet keine Einrede für den von der Ehefrau allein verklagten Schuldner, wenn der Ehemann in Ausübung seiner maritalischen Rechte es genehmigt, daß die Frau allein klagt, wenn also in diesem Sinne die Klage von der Ehefrau „im ehelichen Beistande" erhoben ist. Dies hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrthum angenommen, darnach aber mit Recht das Vorhandensein einer Streitgenossenschaft verneint. Und ebensowenig liegen die gesetzlichen Voraussetzungen einer — von der Revision eventuell behaupteten — Nebenintervention vor.

2. Der Beklagte hat die Berechtigung der Klägerin zur Ein-

lagung der Zinsen aus dem Grunde bestritten, weil diese aus einem dem ehemännlichen Nießbrauche unterworfenen Kapital erwachsenen Zinsen nicht ihr, sondern dem Ehemanne zuständen, und nur von diesem eingeklagt werden könnten, eine förmliche Abtretung dieses Anspruchs aber nicht behauptet und auch nicht erfolgt sei. Das Berufungsgericht hat diesen Rechtsbehelf aus dem nach dem Obigen rechtlich zu billigenden Grunde verworfen, der Ehemann habe, da die Ehefrau in seinem Beistande klage, auch genehmigt, daß dieselbe die Verzugszinsen für sich einfordere.

Nr. 113.

Findet die Vorschrift des § 94 C.P.O., wonach die Anfechtung einer Entscheidung über den Kostenpunkt ohne Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache unzulässig ist, Anwendung, wenn der Beklagte gegen ein ihn in der Hauptsache und zu den Kosten verurtheilendes Erkenntniß Berufung einlegt, bei der Verhandlung jedoch erklärt, daß sein Interesse an der Hauptsache inzwischen weggefallen ist?

Urtheil des Reichsgerichts (I. Civilsenat) vom 20. Oktober 1888 in Sachen Sch., Beklagten, wider die B.'sche Konkursmasse, Klägerin. I. 213/88.)

Auf die Revision des Beklagten ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Hamm aufgehoben, und die Berufung des Beklagten für zulässig erklärt.

Thatbestand:

Beklagter hat im Oktober und November 1887 von der Klägerin die in zwei Rechnungen näher bezeichneten Kohlen gekauft und geliefert erhalten. Mittelst der am 12. Januar 1888 zugestellten Klage hat Klägerin beantragt, den Beklagten zur Zahlung des für diese Kohlen berechneten Preises von 354 M. nebst 5 pCt. Zinsen seit der Klagzustellung zu verurtheilen und das Urtheil gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt, indem er zwar die Forderung an sich anerkannte, aber geltend machte, daß dieselbe erst am 15. März 1888 zahlbar sei.

Der erste Richter hat durch Urtheil vom 18. Februar 1888 nach dem Klagantrage erkannt und dem Beklagten die Kosten auferlegt, weil er den Einwand des Beklagten nicht für begründet erachtete.

Gegen dieses Urtheil hat Beklagter Berufung eingelegt mittelst Schriftsatzes vom 6. März 1888, in welchem er den Antrag an-

handlung auf den 1. Juni 1888 angesetzten Termine hat indessen Beklagter den in einem späteren Schriftsatze vom 6. April 1888 von ihm angekündigten Antrag gestellt:

unter Abänderung des ersten Urtheils die Hauptsache durch die inzwischen erfolgte Zahlung für erledigt zu erklären, der Klägerin aber sämmtliche Kosten zur Last zu legen,

welche Abweichung von dem in Aussicht gestellten Antrage damit begründet wurde, daß die eingeklagte Forderung am 7. März zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlt sei und daß, da inzwischen am 15. März das diesseits behauptete Ziel abgelaufen sei, es sich nur noch um die Kosten handele, welche letzteren der Klägerin aufzuerlegen seien, weil sie verfrüht geklagt habe.

Die Klägerin hat letzteres bestritten, die inzwischen erfolgte Zahlung von Hauptgeld und Zinsen aber eingeräumt und Zurückweisung der Berufung beantragt.

Das Oberlandesgericht hat durch Erkenntniß vom 1. Juni 1888 die Berufung als unzulässig zurückgewiesen und dem Beklagten die Kosten der zweiten Instanz auferlegt.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Vorschrift des § 94 C.P.O., nach welcher die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt unzulässig ist, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird, sei nicht in dem Sinne zu verstehen, welchen die C.P.O. regelmäßig, z. B. in den §§ 164, 477, 479 und 515, mit der „Einlegung" eines Rechtsmittels verbindet, daß nämlich die Einlegung gleichbedeutend mit der Zustellung eines Schriftsatzes ist, in welchem erklärt wird, daß gegen ein bestimmtes Urtheil ein Rechtsmittel eingelegt werde. Da in diesem Schriftsatze nur die allgemeine Erklärung, daß das Urtheil angefochten werden solle, enthalten zu sein brauche, und im Uebrigen nur die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge von entscheidender Bedeutung seien, so könne vielmehr dem § 94 C.P.O. nur der Sinn beigelegt werden, daß die Anfechtung der Entscheidung über die Kosten nur insofern zulässig sein solle, als die Verfolgung des Rechtsmittels in der Hauptsache dem Oberrichter Veranlassung giebt, auch die Richtigkeit der Entscheidung über den Kostenpunkt zu

prüfen. Hiernach sei auf Grund des dargelegten Sachverhalts die Berufung des Beklagten unzulässig und könne daran durch den Inhalt der Einlegungsschrift nichts geändert werden.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Sie enthält vielmehr eine Verletzung des § 94 C.P.O., sowie des den §§ 4, 230, 235, 479, 480, 508 und 515 C.P.O. zum Grunde legenden Prinzips. In dieser Beziehung kann hier zunächst auf die Ausführung des auch jetzt erkennenden ersten Civilsenats des R.G. in Bd. 20 S. 408 ff. der Entscheidungen des R.G. verwiesen werden, welche einen Fall betrifft, in dem in der Zwischenzeit zwischen der Einlegung der Berufung seitens des mit der Klage auf sofortige Aufhebung eines zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses in erster Instanz abgewiesenen Klägers und dem zur mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz anberaumten Termine die kontraktliche Dauer des Vertragsverhältnisses abgelaufen war, und der Kläger unter Angabe dieses Umstandes seinen ursprünglich angekündigten Berufungsantrag, unter Abänderung des ersten Urtheils nach dem Klagantrage zu erkennen und dem Beklagten die Kosten beider Instanzen aufzuerlegen, nunmehr dahin modifizirt hatte, das erstinstanzliche Urtheil dahin abzuändern, daß

a) der Klaganspruch für erledigt erklärt und

b) die Kosten beider Instanzen dem Beklagten auferlegt werden.

Selbstverständlich ist der gegenwärtig zu entscheidende umgekehrte Fall, in welchem der Beklagte gegen ein ihn in der Hauptsache verurtheilendes und ihm die Kosten auferlegendes Erkenntniß Berufung eingelegt hat und dann vor dem für die Verhandlung über die Berufung anberaumten Termine sein Interesse an der Hauptsache weggefallen ist, nach ganz denselben Grundsätzen zu beurtheilen. Demgemäß ist, da nach §§ 479 und 515 C.P.O. die Einlegung der Berufung bezw. Revision durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgt, für die Zulässigkeit der Rechtsmittel der Zeitpunkt dieser Zustellung nicht nur in Bezug auf die Wahrung der Nothfrist, sondern auch in Bezug auf die sonstigen Voraussetzungen, insbesondere die Beschaffenheit und den Werth des Beschwerdegegenstandes, maßgebend und die Vorschrift des § 94 daher nur dann anwendbar, wenn in jenem kritischen Zeitpunkte das Rechtsmittel als Angriff gegen eine Entscheidung in der Hauptsache rechtswirksam nicht eingelegt ist oder nicht eingelegt werden konnte, oder wenn nachträglich auf dasselbe als Rechtsmittel gegen die Entscheidung in der

das ganze Urtheil anzugreifen, klar zum Ausdruck gebracht und auch der demnächst modifizirte Berufungsantrag des Beklagten, unter Abänderung des ersten Urtheils die Hauptsache durch die inzwischen erfolgte erzwungene Zahlung für erledigt zu erklären u. s. w., hat in Verbindung mit dem Hinweise auf den Anlaß der Zahlung und auf den inzwischen erfolgten Ablauf der vom Beklagten geltend gemachten Befristung den klaren Sinn, daß es nicht bei der erstinstanzlichen Entscheidung, nach welcher der Beklagte sich im Unrechte befinde, verbleiben, sondern der beklagtische Antrag, die Klage als verfrüht abzuweisen, für berechtigt erklärt und in Konsequenz dieser, die Sachfälligkeit der Klägerin aussprechenden Entscheidung, der Klägerin die Kostenlast auferlegt werden solle, während nur mit Rücksicht auf die inzwischen veränderte Sachlage eine weitere Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr erforderlich sei. Zur Annahme eines Verzichtes des Beklagten auf das eingelegte Rechtsmittel, soweit dasselbe die Hauptsache betrifft, fehlt hiernach jede Grundlage. (Vgl. auch Entsch. des R.G. in Civilsachen Bd. 16 S. 323 ff. und Bd. 16 S. 424 ff.) Nur in Betreff der vom Beklagten für die Zeit vor dem Eintritte des von ihm behaupteten Fälligkeitstermines der Klagforderung mitbezahlten Zinsen könnte hiervon die Rede sein, da der Beklagte, wenn er sich im Rechte befindet, dieselben hätte zurückfordern können. Dieser Verzicht in Betreff eines bloßen Nebenpunktes erscheint aber als unerheblich.

Daß für die Beurtheilung der Zulässigkeit der Rechtsmittel der Zeitpunkt der Einlegung derselben ganz allgemein maßgebend sei, ist überdies auch sonst schon mehrfach und insbesondere auch mit Rücksicht auf den § 94 C.P.O. vom Reichsgerichte ausgesprochen. (Vgl. Entsch. in Civilsachen Bd. 5 S. 387, Bd. 15 S. 405 ff. und Bd. 18 S. 418 ff.) Zur Widerlegung der Ansicht des Berufungsgerichts genügt es im Uebrigen, auf die eingehenden Ausführungen des fünften Civilsenats des Reichsgerichts in der zuletzt angeführten Entscheidung Bezug zu nehmen, welcher lediglich beizutreten ist. Insbesondere ist dort auch bereits richtig erwähnt, daß in einem Falle der vorliegenden Art die nach den Motiven dem § 94 C.P.O. zum Grunde liegende ratio legis nicht zutrifft.

Nr. 114.

Berufung gegen ein Urtheil, in welchem vom ersten Richter spruchreife Gegenforderungen, obwohl eine Trennung der Verhandlung nicht stattgefunden hat, zum besonderen Verfahren verwiesen sind?

C.P.O. §§ 136, 274.

Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 22. Oktober 1888 in Sachen F., Klägers, wider F. u. Gen., Beklagte. IV. 169/88.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Naumburg ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision betrifft allein diejenige Gegenforderung der Beklagten, welche sich auf die unstreitige Thatsache stützt, daß der Kläger 12 Jahre hindurch (von 1872 bis 1884) die Nutzungen einer dem Erblasser der Beklagten gehörig gewesenen Mühle gezogen hat, ohne dafür eine besondere Vergütung entrichtet zu haben. Diese Forderung, sowie vier andere Gegenansprüche, waren bereits in erster Instanz den Klageforderungen zum Zweck der Kompensation entgegengestellt, jedoch unberücksichtigt geblieben, indem darüber in den Entscheidungsgründen des ersten Urtheils bemerkt ist: „Die Gegenforderungen des Beklagten — — — sind zum größten Theil nicht erwiesen; soweit dies der Fall ist, sind sie bei der Komplizirtheit der gegenseitigen Rechtsverhältnisse der liquiden und spruchreifen Klageforderung von 7490 M. gegenüber zur Kompensation nicht geeignet; sie waren deshalb, da sie mit der Klageforderung nicht in rechtlichem Zusammenhange stehen, nach § 136 C.P.O. zum besonderen Verfahren zu verweisen." — Gegen diesen Theil der erstrichterlichen Entscheidung haben die Beklagten unter Wiederholung ihrer Kompensationseinrede Anschlußberufung ergriffen, welcher der Berufungsrichter stattgegeben hat. Derselbe erachtet es für ungerechtfertigt, daß der erste Richter die bis dahin zur Verhandlung gezogenen Gegenforderungen im Urtheil zurückgewiesen habe, da er gemäß § 274 C.P.O. wenigstens über die zur Zeit der Urtheilsfällung spruchreifen Gegenforderungen hätte erkennen müssen, und hat seinerseits den zur Erörterung gezogenen, zur Entscheidung reifen Gegenforderungen Berücksichtigung angedeihen lassen. —

Mit Unrecht findet die Revision hierin einen Verstoß gegen die §§ 136, 274 C.P.O. — Eine Trennung der Verhandlungen (oder Prozesse) im Sinne des § 136 C.P.O. hat der erste Richter nicht vorgenommen. Vielmehr ist bis zum Endurtheil über Forde-

pensationseinwandes und die Verweisung der Gegenforderungen zum besonderen Verfahren ausgesprochen. Offenbar ist dieser Entscheidungsgrund keine prozessuale Anordnung im Sinne des § 136 C.P.O., von welcher nur im Laufe des Verfahrens der betreffenden Instanz die Rede sein kann. Nun kann zwar noch eine Trennung der Verhandlungen durch Urtheil in dem Falle erfolgen, wenn nur die Verhandlung über die Forderung zur Endentscheidung reif ist (§ 274 C.P.O.). Es lassen aber die Gründe des ersten Urtheils keinen Zweifel darüber, daß der erste Richter nicht ein eigentliches Theilurtheil über die Klageforderungen hat abgeben und sich die besondere Entscheidung über die Gegenforderungen in diesem Prozesse hat vorbehalten, sondern daß er, unter Hinausweisung der vermeintlich illiquiden Gegenforderungen aus diesem Prozesse, den ganzen vorliegenden Rechtsstreit durch das gefällte Urtheil hat erledigen wollen (vgl. Entsch. des R.G. in Civilsachen Bd. 16 S. 372 ff.).

Gegen eine derartige materielle Entscheidung, mag man dieselbe nach den Vorschriften der C.P.O. für statthaft erachten oder nicht, stand aber den dadurch beschwerten Beklagten zweifellos die Berufung zu, welche sich gegen die, in Höhe der Gegenforderungen ihrer Meinung nach zu Unrecht erfolgte, Zusprechung der Klageforderung richtete, und der Berufungsrichter ist hierdurch in die Lage gekommen, auch über den schon in erster Instanz erhobenen Kompensationseinwand von Neuem und selbständig zu befinden (§ 487 C.P.O.). Es ist nicht erfindlich, weshalb bezüglich dieses Theils der materiellen, in der Urtheilsformel zum Ausdruck gelangten Entscheidung die Berufung ausgeschlossen oder gar der Berufungsrichter an die Auffassung des ersten Richters über die Zulässigkeit der Einrede gebunden sein sollte.

Nr. 115.

Findet die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 213 C.P.O. auch dann statt, wenn der Gerichtsvollzieher auf Grund unrichtiger thatsächlicher Annahmen in Betreff der Person des Empfängers die Zustellung ganz unterlassen hat?

(Urtheil des Reichsgerichts (I. Civilsenat) vom 10. Oktober 1888 in Sachen der Handlung J. R., Klägerin, wider Sch., Beklagten. I. 204/88.)

gerichts aufgehoben, und der Klägerin die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist gewährt.

Thatbestand:

Geklagt ist auf Zahlung von 530 M. 90 Pf. für bestellte Inserate. Durch Urtheil des Landgerichts I. zu Berlin sind der Klägerin 402 M. 20 Pf. zugesprochen, mit der Mehrforderung ist dieselbe abgewiesen. Gegen dieses am 17. März 1888 zugestellte Urtheil hat Klägerin Berufung verfolgt. Die Berufungsschrift ist am 10. April behufs Zustellung an den Vertreter des Beklagten in erster Instanz, Rechtsanwalt Sch., dem Gerichtsvollzieher übergeben, die von diesem versuchte Bestellung aber nicht ausgeführt worden, und zwar nach dem Thatbestand des Berufungsurtheils deswegen nicht, weil der Rechtsanwalt Sch. am 12. April nach Spremberg verzogen und in der Liste der Rechtsanwälte des Landgerichts I. zu Berlin gelöscht worden ist. Die Berufungsschrift ist hierauf mit einem Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand am 28. April dem Gerichtsvollzieher behufs Zustellung an den Beklagten in Person von Neuem behändigt und die Zustellung an letzteren am 3. Mai bewirkt worden. Die in der mündlichen Verhandlung des Berufungsgerichts an die Klägerin gestellte Frage, zu welcher Zeit und namentlich ob erst *nach* dem 12. April sie durch den Gerichtsvollzieher von der vergeblich versuchten Zustellung an den Rechtsanwalt Sch. Kenntniß erhalten habe, ist unbeachtet geblieben. Durch das oben bezeichnete Urtheil des Kammergerichts ist hiernächst die Berufung der Klägerin unter Zurückweisung ihres Wiedereinsetzungsgesuches als unzulässig verworfen worden.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsurtheil geht von der Voraussetzung aus, daß der Rechtsanwalt Sch. schon vor Ablauf der Berufungsfrist, bezw. bereits am 12. April 1888 in der Liste der Rechtsanwälte des Landgerichts I. zu Berlin gelöscht worden sei. Die Revision rügt, daß unter dieser Voraussetzung gemäß § 221 C.P.O. eine Unterbrechung des Verfahrens hätte angenommen werden müssen. Diese Rüge ist nicht begründet, da die Löschung des Rechtsanwalts Sch., auch zufolge der Annahme des Berufungsrichters, erst *nach* Zustellung des landgerichtlichen Urtheils, also nach Schluß der Instanz stattgefunden hat,

Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 13 S. 310.

achten. Die Ausführung des Berufungsrichters, daß § 213 C.P.O. im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei, ist nicht zutreffend. In der Regel wird zwar im Fall des § 213 die Sache so liegen, daß das dem Gerichtsvollzieher behufs der Zustellung übergebene Schriftstück dem Adressaten nach Ablauf der Nothfrist wirklich zugestellt worden ist. Allein es folgt weder aus dem Wortlaut noch aus dem Inhalt der gedachten Bestimmung, daß diejenigen Fälle, in denen die Zustellung gar nicht erfolgt ist, von derselben überhaupt nicht betroffen werden.

Der Annahme des Berufungsrichters in Bezug auf den Grund der unterbliebenen Zustellung macht die Revision mit Recht den Vorwurf mangelhafter Begründung. Wie sich aus der in der dritten Beilage zum Deutschen Reichsanzeiger vom 27. April 1888 enthaltenen Bekanntmachung des Präsidenten des Landgerichts I. zu Berlin ergiebt, ist der Rechtsanwalt Sch. erst am 23. April in der Liste der dortigen Rechtsanwälte gelöscht worden. Nicht seine Löschung, sondie Verlegung seines Wohnsitzes nach Spremberg war also der Grund, aus welchem der Gerichtsvollzieher die Zustellung an den Rechtsanwalt Sch. nicht bewirkt hat. Etwas Anderes konnte der Berufungsrichter nach Lage der Sache auch aus dem Parteivorbringen nicht entnehmen. Die Unfähigkeit des Rechtsanwalts Sch. zur Vertretung des Beklagten ist erst am 23. April, also erst nach Ablauf der Berufungsfrist eingetreten.

Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 19 S. 401.

Der Gerichtsvollzieher hätte mithin ordnungsmäßig die ihm am 10. April übergebene Berufungsschrift dem Sch. an seinem damaligen Wohnort, in Spremberg zustellen müssen. Gerade für einen solchen Fall, in welchem die Versäumung der Nothfrist dadurch bewirkt wird, daß der Gerichtsvollzieher mit dem ihm spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Frist eingehändigten Schriftstück nicht nach den Vorschriften der Prozeßordnung verfährt, soll § 213 a. a. O. Schutz gewähren. Der hiernach für begründet zu erachtende Anspruch des Klägers auf Wiedereinsetzung wird auch nicht dadurch beseitigt, daß der Gerichtsvollzieher dem Kläger das an den Rechtsanwalt Sch. adressirte Schriftstück zurückgegeben und daß Kläger ihm demnächst, nach Ablauf der Nothfrist, eine neue an den Beklagten in Person adressirte Berufungsschrift übergeben hat. In diesem Verhalten des

lägers ist weder eine Zustimmung zu dem Verfahren des Gerichts-
ollziehers noch ein Verschulden zu erblicken, letzteres um so weniger,
s nichts dafür vorliegt, daß Kläger bei Rückempfang des ersten
chriftstücks von der Verlegung des Wohnsitzes des Sch. in Kenntniß
efetzt worden ist, bezw. daß er diese Kenntniß bereits anderweit er-
ngt hatte. Aus dem Umstand, daß der Vertreter des Klägers die
der Berufungsinstanz an ihn gerichtete Frage unbeantwortet ge-
ssen hat, sind in dieser Hinsicht keine Schlüsse zu ziehen; die Fol-
erung, die der Berufungsrichter hieraus gezogen hat, Kläger habe
hon am 12. April gewußt, daß die Zustellung an den Beklagten
ersönlich erfolgen müsse, steht in Widerspruch mit den Thatsachen.

Nr. 116.

Kann die Eigenthumsklage als Feststellungsklage mit dem alleinigen Antrage, das klägerische Eigenthum anzuerkennen, erhoben werden?
C.P.O. § 231.

. Genügt zur Ersitzung einer dem Verkehr entzogenen Sache (A.L.R. I. 9 581) die thatsächliche Benutzung derselben als Privateigenthum während er Verjährungszeit, oder muß ein Akt der zuständigen Behörde hinzu-ommen, welcher ihre Bestimmung für den öffentlichen Verkehr aufhebt?
A.L.R. I. 4 §§ 14 ff.

Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 25. Mai 1889 in Sachen des reuß. Fiskus, Beklagten, wider die Stadt Swinemünde, Klägerin. V. 54/89.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Stettin ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Vor dem zu Swinemünde belegenen Hause des Beklagten be-
indet sich in der ganzen Frontlänge desselben eine 4,80 m und an
ler einen Giebelseite eine 3,50 m breite unbebaute Grundfläche,
velche durch an Pfählen angebrachte Ketten eingefriedigt ist, so daß
hne Uebersteigung dieser Ketten der Zugang zu dieser Grundfläche
ur möglich ist von der vor der Mitte der Hausfront, der Hausthür
egenüber, in der Einfriedigung gelassenen Oeffnung. Gegenüber
er Frontseite liegt ein öffentlicher Platz, gegenüber der eingefriedigten
Giebelseite eine öffentliche Straße der klägerischen Stadtgemeinde.

Die Parteien streiten um das Eigenthum des eingefriedigten Areals. Die Klägerin beantragt, den Beklagten zu verurtheilen, anzuerkennen, daß dasselbe Bürgersteig sei, Beklagter verlangt Abweisung.

Der Berufungsrichter hat die Berufung gegen das nach de Klageantrage verurtheilende erstinstanzliche Erkenntniß zurückgewie

Die dagegen eingereichte Revision konnte nicht für begründet achtet werden.

Mit Unrecht bestreitet sie die Zulässigkeit des Rechtsweges. D §§ 55 ff. des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883, welchen d Beklagte den bezüglichen Einwand entnehmen will, kommen hier des halb nicht zur Anwendung, weil der Klageanspruch nicht d Frage betrifft, wem von den Parteien die öffentlich rechtliche Ve pflichtung obliegt, die streitige Grundfläche als Theil einer öffentlich Straße anzulegen oder zu unterhalten oder zum Zweck einer solch Anlage herzugeben, sondern lediglich die Frage, wer Eigenthümer de Grundfläche ist. Die Formel des Klageantrages, welche verlan daß die letztere als „Bürgersteig“ anerkannt werde, bezieht sich nu auf das Fundament des Anspruchs. Auch ist, wie der Berufung richter feststellt, kein Streit darüber, daß es sich, wenn der Kläge das streitige Eigenthum zugesprochen werden muß, um einen Th des Bürgersteigs handelt.

Ebensowenig ist der Angriff der Revision zutreffend, der Be rufungsrichter habe rechtsirrthümlich die Erfordernisse des § 231 C.P.O. für die vorliegende Feststellungsklage als vorhanden erachtet. Bei d Eigenthumsklage ist es nicht ausgeschlossen, daß durch die Entsche dung darüber, wem von den Parteien das Eigenthum zusteht, d Streit in seinem ganzen Umfange erledigt wird, es werden dadur für den unterliegenden Theil, abgesehen von zufälligen Nebenansprüche zugleich alle Verpflichtungen festgestellt, die er dem Eigenthüm gegenüber zu erfüllen hat. Der Kläger hat aber auch in der Reg an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses ein rechtlich Interesse, weil diese Feststellung einen bleibenden Zustand begr Der Beklagte hat, wenn der Kläger sich mit dieser Feststellung be gnügen will, kein Recht darauf zu bestehen, daß die weiteren Kon sequenzen des Anspruchs auf Zuerkennung des Eigenthums, sowe sie sich von selbst aus dem Gesetze ergeben, gegen ihn durch Klag verfolgt werden.

In der Sache selbst beruht die angegriffene Entscheidung a der thatsächlichen Feststellung, das streitige Stück sei Theil des Are welches der Klägerin durch Schenkung Friedrichs II. zu Eigenth übertragen worden sei. Von diesem habe die Klägerin in den er Jahren dieses Jahrhunderts dem Senator K. eine bestimmte Gru

nach Erbauung des jetzt dem Beklagten gehörigen Hauses in Besitz genommen. Von ihm sei die Besitzung durch Erbgang auf dessen Sohn übergegangen, der sie 1838 an den Beklagten verkauft und übereignet habe. Die Streitfläche sei bei der Ueberlassung an K. Theil einer öffentlichen Straße gewesen und deshalb nach § 591 A.L.R. I. 9 der von dem Beklagten behaupteten Ersitzung entzogen. Aus der Duldung der Einfriedigung sei der Willen der Klägerin, das Streitstück von der öffentlichen Straße abzutrennen und dem Privatverkehr zu übergeben, nicht zu folgern.

Die Revision rügt Verletzung des angezogenen § 581 und Verstoß gegen § 259 C.P.O. durch mangelhafte Begründung. Der erste Richter, dem sich der Berufungsrichter anschließe, habe festgestellt, der Beklagte befinde sich rechtsverjährte Zeit hindurch im redlichen, vollständigen Besitze der Streitfläche. Der Abschluß derselben durch die Einfriedigung, welche den Verkehr über jene behindert habe, enthalte nach Lage der Sache eine vollkommene Besitzergreifung. Daraus folgert die Revision, daß das Streitstück zur Zeit des Ankaufs der Besitzung durch den Beklagten im Jahre 1838 thatsächlich seiner angeblich früheren Bestimmung, dem öffentlichen Verkehr als Theil der Straße zu dienen, entzogen gewesen sei. Das genüge aber, um dasselbe zu einem ersitzungsfähigen Gegenstand zu machen, zumal auch aus der Duldung dieses bestimmungswidrigen Zustandes von Seiten der Klägerin deren Willen, die frühere Bestimmung aufhören zu lassen, geschlossen werden müsse. Diese Ausführung verkennt die Bedeutung des § 581 a. a. O.

Dieser lautet:

> „Wenn eine Sache durch Gesetze dem bürgerlichen Verkehr ganz entzogen worden, so kann sie durch keine Verjährung erworben werden."

Daß städtische Straßen und öffentliche Plätze in Städten zu diesen durch Gesetz dem bürgerlichen Verkehr entzogenen Sachen gehören, so lange sie ihrer Bestimmung nicht entzogen sind, ist in Doktrin und Praxis nicht streitig.

Vgl. Koch's Kommentar zu § 15 A.L.R. I. 4; Dernberg preuß. Privatrecht Bd. I. § 67.

Eine bloß thatsächliche andere Benutzung derselben oder deren Theile genügt nicht, ihnen die Eigenschaft einer öffentlichen Sache zu

einer jeden Ersitzung, es würde deshalb die Bestimmung des § 581 von keiner Bedeutung sein, wenn eine solche Entziehung ausreichen sollte, die Ersitzung zu ermöglichen. Deshalb muß dafür ein Akt der zuständigen Behörde hinzukommen, welcher die Bestimmung für den öffentlichen Zweck aufhebt. Ob es dieserhalb einer ausdrücklichen Erklärung bedarf, oder ob konkludente Handlungen ausreichen,

vgl. Dernburg a. a. O.; Entsch. des Obertribunals S. 32 Bd. 51,

kann dahin gestellt bleiben. Im vorliegenden Falle hat der Berufungsrichter thatsächlich, ohne erkennbaren Rechtsirrthum, festgestellt, es enthalte die Duldung der Einfriedigung mit Rücksicht auf die leicht und bald thunliche Wiederherstellung des früheren Zustandes und dem bei Herstellung der Einfriedigung und bis in die neuere Zeit für deren Beseitigung mangelnden Verkehrsinteresse keinen solchen konkludenten Willensakt.

Weil nach § 581 jede Verjährung als Erwerbsgrund ausgeschlossen ist, so hat der Berufungsrichter auch mit Recht die Ersitzung ausgeschlossen, welche Beklagter auf Grund des mit seinem Vorbesitzer abgeschlossenen Kaufvertrages für sich in Anspruch nimmt. (Die weiteren Gründe interessiren nicht.)

Nr. 117.

1. Kann das rechtliche Interesse an der Anstellung einer Feststellungsklage (statt der ebenfalls begründeten Leistungsklage) darin gefunden werden, daß durch erstere Kosten in erheblichem Umfange vermieden werden?

C.P.O. § 231.

2. Wer ist schadensersatzpflichtig, wenn durch eine Polizeiverordnung ein Eingriff in Privatrechte erfolgt? der Staat oder dasjenige engere Gemeinwesen, zu dessen Wohl die Anordnung geschehen ist?

Einl. z. A.L.R. § 75.

3. Translativer Titel bei der Ersitzung?

A.L.R. I. 9 § 579.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 15. Juni 1889 in Sachen der Stadtgemeinde K., Beklagten, wider R., Kläger. V. 76/89.)

Die Revision der Beklagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Königsberg ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

1. Nach dem Beschlusse der vereinigten Civilsenate des R.G. vom 28. Juni 1888 (Entsch. Bd. 21 S. 382) ist die vorliegende

Klage auf Leistung von Schadensersatz zu einem Betrage, welcher m jetzigen Prozesse nicht festgestellt werden kann, nur zulässig, wenn ie Voraussetzungen des § 231 C.P.O. (der sogenannten Feststellungs- lage) vorliegen. Der Berufungsrichter nimmt an, daß dies der Fall ei, weil sich erwarten lasse, daß im Falle einer dem Kläger günsti- jen Entscheidung die Beklagte die zur Beseitigung des Schadens er- orderlichen Einrichtungen (Anschluß der Badeanstalt des Klägers an ie städtischen Entwässerungskanäle) selbst veranstalten und es nicht arauf ankommen lassen werde, daß der Kläger diese Einrichtungen erstelle und die, jedenfalls nicht unbedeutenden, im Voraus aber ticht sicher zu berechnenden, Kosten zur Erstattung liquidire. Damit tellt der Berufungsrichter die Möglichkeit fest, daß dem Kläger im Falle seines Obsiegens im jetzigen Prozesse ein erheblicher Kosten- ufwand (wenn auch nur in Gestalt eines Kostenvorschusses) erspart verde. Es ist nicht als rechtsirrthümlich zu bezeichnen, wenn der Berufungsrichter hierin ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses gefunden hat; in ganz ntsprechendem Sinne hat der jetzt erkennende Senat in dem Urtheile om 1. Mai 1889 zur Sache N. wider B. V. 87/89 es für zu- ässig erachtet, dieses Interesse im konkreten Falle darin zu finden, aß durch Erhebung der Feststellungsklage statt der Leistungsklage Kosten von erheblichem Umfange vermieden werden sollen, welche für en Fall der Klageabweisung unnöthig sein würden.

2. Der Kläger nimmt das Recht, das in seiner Anstalt benutzte Badewasser in bisheriger Weise in den Schloßteich abzuleiten, als ine seinem Grundstücke zustehende Grundgerechtigkeit in Anspruch, ehauptet somit einen Eingriff in sein Privatrecht durch die diese Ab- eitung untersagende Polizeiverordnung vom 20. März 1884. Daß in derartiger Eingriff in „bestehende Rechte" einen Entschädigungs- nspruch erzeugt, ist unstreitigen Rechtens und in den §§ 74, 75 Einl. z. A.L.R. gesetzlich anerkannt. Es ist ebenso durch eine im Wesentlichen konstante Rechtsprechung anerkannt, daß die Entschädi- gungspflicht nicht den, in jener Gesetzesvorschrift genannten Staat, ondern das innerhalb des Staates mit dessen Anerkennung bestehende ngere Gemeinwesen trifft, wenn die Aufopferung besonderer Rechte, u welcher ein Einzelner durch die Anordnungen einer zuständigen Behörde genöthigt wird, nicht zum Wohle des Staatsganzen, sondern um Wohle dieses engeren Gemeinwesens geschieht.

Vgl. Rechtsprechung des vormaligen preuß. Ober-Tribunals bei

in Civilsachen Bd. 6 S. 298; Urtheile des V. Civilsenats des R.G. vom 13. Dezember 1884 zur Sache Ostpreußen wider H. V. 166/84, vom 16. Mai 1885, zur Sache Stadt Sch. wider W. V. 373/84, vom 30. April 1887 zur Sache Sch. wider A.C. Eisenbahn V. 48/87.

Nach diesem Gesichtspunkte ist die beklagte Stadtgemeinde im jetzigen Falle die Entschädigungspflichtige. Nicht entscheidend sind freilich die vom Berufungsrichter bezeichneten Vortheile, welche der Stadtgemeinde als vermögensrechtlicher Person und als Eigenthümerin des Schloßteiches aus der Durchführung der Polizeiverordnung erwachsen (Servitut, Befreiung des Teiches und Reinhaltung des Teichwassers für die Fischzucht und andere Zwecke); denn zum Schutze derartiger Privatinteressen dürfen Polizeiverordnungen nicht erlassen werden (vgl. z. B. Entsch. d. preuß. Ober-Verwaltungsgerichts Bd. 9 S. 349), und die Konsequenz der in der Hervorhebung jener Vortheile sich kundgebenden Rechtsauffassung des Berufungsrichters würde dazu führen, daß die Nachbarn des Teiches, wenn und soweit sie erweislich ebenfalls (z. B. durch Zuführung besserer Luft) Vortheil an der Anordnung haben, zu der Entschädigungspflicht mit herangezogen werden müßten, und daß die Stadtgemeinde nicht aufzukommen braucht, wenn sie nicht Eigenthümerin des Teiches wäre. Der entscheidende rechtliche Gesichtspunkt ist aber auch nicht der Privatvortheil der Stadt als Grundeigenthümerin, sondern vielmehr die Verpflichtung der Stadt, diejenigen Kosten zu tragen, welche zur Durchführung der für das Gemeinwohl der Stadt getroffenen Maßregeln erforderlich werden, und eine solche Maßregel ist die Polizeiverordnung vom 20. März 1884. Denn sie ist nach den thatsächlichen Feststellungen des Berufungsrichters ergangen im sanitätspolizeilichen Interesse, also, wie sich aus der Natur der Sache, besonders auch aus der Eigenschaft des Schloßteiches als eines innerhalb des Stadtbezirkes liegenden geschlossenen Gewässers ergiebt, wenigstens zunächst und vorwiegend zum Schutze örtlicher Gesundheitsinteressen; und sie ist erlassen worden vom Polizeipräsidenten, also von der örtlichen Polizeibehörde, somit auch (Landes-Verwaltungsgesetz vom 26. Juli 1880 § 79) unter ertheilter oder von dem Bezirksrathe ergänzter Zustimmung des städtischen Gemeindevorstandes. Da hiernach die Entscheidung des Berufungsrichters sachlich gerechtfertigt ist,

folg haben.

3. Als den Erwerbsgrund der vom Kläger beanspruchten Grundgerechtigkeit bezeichnet der Berufungsrichter die ordentliche Ersitzung; den Ersitzungstitel erblickt er in den Verträgen aus den Jahren 1866, 1872 und 1884, nach welchen das Grundstück Hintertragheim 7 mit der Badeanstalt von F., dem Begründer der Badeanstalt in ihrer gegenwärtigen Gestalt, auf H., von diesem auf W. und von dessen Erben auf den Kläger übergegangen ist. Daß das Bestehen und die Benutzung derjenigen Vorrichtungen, mittels welcher schon während der Besitzzeit des F., und von da ab bis jetzt, seit länger als 10 Jahren, das Wasser in den Schloßteich geleitet wurde, der Beklagten nicht unbekannt geblieben sein kann, stellt der Berufungsrichter aus unanfechtbaren thatsächlichen Erwägungen fest; es ist darauf insbesondere auch seine Feststellung zu beziehen, daß bis zur Einrichtung der städtischen Kanalisation das Badewasser einen andern Abfluß, als in den Schloßteich, nicht haben konnte. Unter solchen Umständen hat das vom Berufungsrichter angeführte Urtheil des Reichsgerichts (Entsch. Bd. 16 S. 217) die Ersitzung eines dinglichen Nutzungrechts an fremder Sache auf Grund eines sogenannten translativen Titels für zulässig erklärt, und von dieser Rechtsauffassung abzugehen, hat das Reichsgericht bei wiederholter Erwägung keine Veranlassung gefunden. Insbesondere haben die von Eccius (Förster's preuß. Privatrecht 5. Aufl. Bd. 3 § 187 Note 72 S. 375) erhobenen Bedenken nicht als durchgreifend anerkannt werden können. Als translative Titel in Bezug auf die streitige Grundgerechtigkeit sind aber die erwähnten Verträge vom Berufungsrichter mit Recht aufgefaßt worden, da sie die Veräußerung der Badeanstalt als solcher (mit allen Badeeinrichtungen, wie es in dem Vertrage vom Jahre 1872 heißt) zum Gegenstande haben, die Erwerber also durch diese Verträge zu der Annahme wohlberechtigt wurden, daß ihnen auch die Befugniß zur Benutzung der zum Zwecke des Badebetriebes bestehenden und seither benutzten, und dazu unentbehrlichen Einrichtung, durch welche das Badewasser in den Schloßteich abgeführt wurde, übertragen worden sei.

Nr. 118.

Feststellungsklage. C.P.O. § 231. Kann bei einer noch nicht fälligen und nicht klagbaren Darlehnsforderung das rechtliche Interesse des

Gläubigers an der alsbaldigen Feststellung in dem Bestreiten der Forderung seitens des Schuldners gefunden werden? Insbesondere, wenn mit Rücksicht auf das Alter des Gläubigers bei späterer Anstellung der Leistungsklage der Verlust prozessualer Rechtsbehelfe zu befürchten ist?

(Urtheil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 6. Mai 1889 in Sachen L.'s Eheleute, Beklagte, wider M., Kläger. VI. 56/89.)

Die Revision der Beklagten wider das Urtheil des bayerischen Oberlandesgerichts zu München ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Unbestritten haben Beklagte nach Schuldschein vom 23. Juni 18[illegible] vom Kläger, ihrem „Vetter", ein zu 4 pCt. jährlich verzinsliches, ein Jahr nach erfolgter Aufkündigung rückzahlbares Darlehen von 4000 M. erhalten. Am 9. Februar 1887 hat Kläger dieses Darlehen zur Heimzahlung gekündigt.

Da Beklagte behaupteten, Kläger habe ihnen diese Schuld schenkungsweise erlassen, hat Kläger nach § 231 C.P.O. auf Anerkennung des Fortbestandes der Darlehnsschuld zu 4000 M. im September 1887 Klage erhoben.

Beklagte haben in I. Instanz die Zulässigkeit einer Feststellungsklage bestritten und außerdem die Einrede des schenkungsweisen Erlasses der Schuld vorgeschützt. Nach Vernehmung der über die Einrede von den Parteien vorgeschlagenen Zeugen hat der erste Richter, das bayerische Landgericht München I, indem es die Feststellungsklage für zulässig erklärte, mittels bedingten Endurtheils vom 24. Februar 1888 dem Kläger den über die Schenkung zugeschobenen Eid auferlegt.

Das bayerische Oberlandesgericht München hat die Berufung der Beklagten mit Urtheil vom 10. November 1888 zurückgewiesen. In den Gründen dieses Urtheils, — welche desfalls in dem Thatbestande desselben ihre Bestätigung finden, — wird in Bezug auf § 231 C.P.O. lediglich bemerkt:

> Ebenso ist die Zulässigkeit der gestellten Klage als Feststellungsklage nach § 231 C.P.O. nicht zu beanstanden und in II. Instanz auch nicht mehr bestritten worden.

Beklagte haben gegen dieses Urtheil noch Revision verfolgt.

Entscheidungsgründe:

Nach dem Thatbestande des Urtheils erster Instanz ist es richtig, daß Kläger zur Begründung seines Interesses an alsbaldiger Fest-

stellung des Fortbestandes der Darlehnsschuldigkeit der beklagten Eheleute lediglich vorgebracht hatte, solches Interesse bestehe um so mehr, als er, um seine Verpflichtungen erfüllen zu können, wissen müsse, ob er auf den Eingang des zum 9. Februar 1888 gekündigten Kapitales rechnen könne. Beklagte hatten sich darauf beschränkt, ganz allgemein die Voraussetzungen zur Anstrengung einer Feststellungsklage zu verneinen. Der erste Richter hatte in seinem bedingten Endurtheile die Abnahme des vom Kläger zu leistenden Eides dem Königlichen Amtsgerichte Bruck übertragen, „da nach dem unbestrittenen Vorbringen des klägerischen Anwaltes der Kläger durch Alter und Gebrechlichkeit verhindert sei, seinen Wohnort Bruck zu verlassen und zur Ableistung des Eides vor dem Prozeßgerichte zu erscheinen." In Bezug auf die Zulässigkeit der Feststellungsklage aber besagen die Gründe des ersten Urtheils, die Klage beziele auf Grund der hier einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen des Landrechts Th. IV. c. 2 § 3 Nr. 1 c. 8, c. 15 § 8 Nr. 2 und Th. III. c. 8 § 1 § 8 Nr. 7 die Feststellung des Fortbestehens des Darlehnsschuldverhältnisses zwischen den Parteien. Daß nun aber der Gläubiger gegenüber der vorliegenden Bestreitung solchen Fortbestandes ein rechtliches Interesse an jener Feststellung habe und ein gleiches Interesse an der Feststellung der Hinfälligkeit der gegen jenes Recht erhobenen Einwendungen, bedürfe nach den, dem § 231 C.P.O. zu Grunde liegenden, die Sicherung der prozessualen Geltendmachung künftiger bestrittener Ansprüche bezweckenden, Grundgedanken ebensowenig einer weiteren Ausführung, als der Umstand, daß Kläger ein „alsbaldiges Interesse" an der von ihm begehrten Feststellung hatte. Dem, wie unbestritten, im hohen Alter stehenden, überdies gebrechlichen Kläger, der von den Beklagten nach Jahresfrist ein Darlehen zurückzufordern berechtigt war, aber der Geltendmachung seines Anspruches bei Fälligkeit den mehrerwähnten Einwand der Beklagten entgegenstehen sah, habe allen Grund gehabt, den hiernach zwischen ihm und seinen Schuldnern in Aussicht stehenden Differenzpunkt, ohne dessen Entscheidung in dem nach Jahresumlauf wegen Rückzahlung des Darlehens anzustrengenden Prozesse abzuwarten, diesen vorgängig in einem Verfahren entscheiden zu lassen, in welchem ihm die hingesehen auf sein Alter und auf seine Gebrechlichkeit mit jedem Tage sich mindernde Möglichkeit bestand, prozessuale Rechtsbehelfe geltend zu machen, welche an seine Person sich knüpften, — z. B. Eidesleistungen, — thatsächliche Aufklärungen über die

C.P.O. gegeben.

Der zweite Richter hat, wie erwähnt, die Zulässigkeit der erhobenen Feststellungsklage gleichfalls als gegeben angenommen. Daraus nun, daß hierfür besondere Gründe nicht angeführt sind, können Revisionskläger einen Angriff um deswillen nicht herleiten, weil sie in zweiter Instanz die Zulässigkeit der Feststellungsklage selbst nicht mehr bestritten hatten. Es genügte daher, daß der zweite Richter die Frage überhaupt geprüft und das Ergebniß dieser Prüfung in den Gründen niedergelegt hat. Daß aber bei Beurtheilung dieser Frage der zweite Richter rechtlich geirrt oder gegen Prozeßgrundsätze verstoßen habe, ist überall nicht ersichtlich. Welche Gründe für den zweiten Richter bestimmend waren, läßt sich allerdings aus dem Urtheil nicht ersehen; von einem Rechtsirrthum könnte indessen nur dann die Rede sein, wenn nach Lage des Falles das Bestehen eines rechtlichen Interesses im Sinne des § 231 a. a. O. verneint werden müßte. Dies ist nicht der Fall.

Revisionskläger meinen, die Klage hätte auf Zahlung des Darlehens nach Verfall gerichtet werden können. Dieser Ansicht steht die vom 1. Richter allegirte Bestimmung im bayerischen Landrecht Th. IV c. 2 § 3 Nr. 8 direkt entgegen. Daß aber bezüglich einer noch nicht fälligen und noch nicht klagbaren Forderung der Gläubiger ein rechtliches Interesse an Feststellung dieses Schuldverhältnisses gegenüber dem, den Bestand oder den Fortbestand desselben bestreitenden, Schuldner haben kann, liegt so sehr in der Natur der Sache, daß eine weitere Ausführung desfalls sich erübrigt; auch ist in ähnlichen Fällen die Anwendbarkeit des § 231 C.P.O. vom Reichsgerichte mehrfach anerkannt: vergl. Urtheil des III. Civilsenats vom 21. Dezember 1888, Rep. 223/88, II. Civilsenats vom 19. Februar 1889, Rep. 327/88, auch Entscheidungen Bd. IV S. 437.

Hierdurch allein würde die angefochtene Entscheidung bereits gehalten sein; denn ob konkret ein rechtliches Interesse an der Feststellung gegeben, darüber entscheidet das richterliche Ermessen:

vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. XII. S. 148; auch die von den Revisionsklägern angezogene Entscheidung Bd. X. S. 370 oben.

Wollte man indessen auch annehmen, der zweite Richter habe sich die Begründung des ersten Urtheils in dieser Frage angeeignet,

kann dahin gestellt bleiben, ob die klagende Partei alle Umstände darzulegen hat, welche das rechtliche Interesse zu begründen geeignet sind, und ob nicht der Richter das gesammte thatsächliche Ergebniß der Verhandlung bei dieser Frage berücksichtigen darf; es mag ferner dahin gestellt bleiben, ob der Kläger, indem er in erster Instanz sein Interesse „umsomehr" daraus abgeleitet hat, daß er wissen müsse, ob er auf den Eingang des Kapitales rechnen könne — vergl. hierzu den Eingang der Motive zu § 223 des Entwurfs zur C.P.O., jetzt 231, — nicht damit schon auch auf die übrigen Umstände des Falles, folglich auch auf sein Alter und seine Gebrechlichkeit, welche in der Verhandlung zur Sprache gebracht und unbestritten geblieben sind, hat Bezug genommen haben wollen: jedenfalls durfte der zweite Richter, vor welchem eintretenden Falles die Klage nach dieser Richtung noch näher hätte substanziirt werden können, annehmen, daß Beklagte, welche gegenüber der Frage aus § 231 C.P.O. die Klage nicht weiter bestritten haben, die desfallsigen thatsächlichen Feststellungen des ersten Richters und die daraus gezogenen Konsequenzen als richtig anerkennen wollten; und deswegen hatte auch Kläger keine Veranlassung, weitere Ausführungen zu geben. Nun beruht aber die Erwägung, daß ein alter und gebrechlicher Gläubiger, welcher die Forderungsklage noch nicht anstellen kann, jeden Tag mehr Gefahr läuft, prozessuale Rechtsbehelfe, welche an seine Person sich knüpfen, nicht mehr geltend machen, persönliche Aufklärungen über die gegnerischen Einwendungen nicht mehr geben zu können, keinesfalls auf Rechtsirrthum, und daß die Abwendung der Gefahr des Verlustes prozessualer Rechtsbehelfe *in Bezug auf das bestrittene Rechtsverhältniß* eine *Rechtsfolge* darstellt, welche sich aus *der begehrten Feststellung ergiebt*, daß hierin aber das *rechtliche* Interesse an der Feststellung sich ausprägt, kann keinen Augenblick zweifelhaft sein:

vergl. Entscheidungen Bd. XVI. S. 391; auch Bd. X. S. 368—370.

Daß zur Zeit der Erlassung des Urtheils I. Instanz, nachdem inzwischen die Darlehnsforderung des Klägers fällig geworden, letzterer den Anspruch auf Zahlung mit der Feststellungsklage hätte verbinden resp. zur Klage auf Zahlung hätte übergehen können, vermag daran, daß die Feststellungsklage zur Zeit ihrer Erhebung zulässig war, nichts zu ändern.

Nr. 119.

Ist eine Schadensklage, wenn sie den ziffermäßigen Betrag des Schadens der Verurtheilung in einem besonderen Prozesse vorbehält, stets als Feststellungsklage — C.P.O. § 231 — anzusehen? Ist es zulässig, bei einer derartigen Klage in II. Instanz den Antrag dahin zu erweitern, daß der Beklagte zur Zahlung einer bestimmten Summe verurtheilt wird?

C.P.O. § 240 Nr. 2.

(Urtheil des Reichsgerichts (I. Civilsenat) vom 16. Januar 1889, in Sachen L., Klägers, wider die Hagener Bergbau-Aktien-Gesellschaft, Beklagte. I. 315/88.)

Auch die Revision des Klägers ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Hamm aufgehoben, und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Thatbestand:

Auf Grund eines Vertrages, durch welchen sich die Beklagte für die Zeit vom 1. Juli 1886 bis ultimo Juni 1887 zur Lieferung von 300 Doppelwagen halbgesiebte Kohle an Kläger loko Zeche verpflichtet hatte, erhob Kläger, weil sich Beklagte im Mai und Juni 1886 bereits auf die Aufgabe einzelner Weiterabnehmer in Süddeutschland seitens des Klägers geweigert hatte, die Versendung der Waare an diese zu bewirken, und erklärt hatte, daß sie alle Versendungsaufträge nach Frankfurt a. M. und bestimmten anderen Orten in Süddeutschland zurückweise, im Oktober 1886 gegen die Beklagte Klage mit dem Antrage, zu erkennen, daß die Beklagte schuldig, dem Kläger allen, im besondern Prozesse zu ermittelnden Schaden zu ersetzen, welcher dem Kläger aus der Nichtlieferung der pro 1. Juli 1886 bis dahin 1887 gekauften 300 Doppelwaggons halbgesiebter Kohlen entstanden ist und noch entsteht. Am Schlusse der Klage hieß es, Kläger habe, da er das ganze in Rede stehende Quantum Kohlen in Süddeutschland bereits verkauft und daselbst pro Doppelwaggon einen durchschnittlich um 6 Mark höheren Preis erzielt habe, sich aber in Folge des Verzugs der Beklagten genöthigt gesehen habe, unter schweren Opfern sich mit seinen Kunden abzufinden, offenbar wegen der von der Beklagten verweigerten Erfüllung einen bedeutenden Schaden erlitten, verlange von der Beklagten Ersatz dieses Schadens, und wolle in diesem Prozesse nur die Feststellung der Ersatzverbindlichkeit der Beklagten unter Vorbehalt der Schadensliquidation für einen ferneren Prozeß beantragen. Ein Interesse an alsbaldigster Feststellung solcher Ersatzpflicht begründete er nicht. Die Beklagte wendete ein, daß nach dieser Erklärung die Klage eine Feststellungsklage, diese aber wegen der mangelnden Darlegung des Inter-

daß es sich um eine Feststellungsklage handle, erachtete nicht sei
Angabe, sondern den Klagantrag für entscheidend, der auf Zu
sprechung des Schadens unter Vorbehalt des Betrages gerichtet se
behauptete aber auch unter Zeugenbeweis, daß er in der fragliche
Zeit die Kohlen mit 3 M. pro 100 Ctr. Vortheil habe verkaufe
können. Das Gericht erster Instanz — die Kammer für Handels
sachen des preußischen Landgerichts zu Dortmund — erkannte na
Beweiserhebung über materielle Einwendungen sowie auch über die
Schadensbegründung durch Urtheil vom 30. Juni 1887 auf Ab
weisung der Klage. Das Gericht erachtete den Klagantrag für maß
gebend und nahm danach und in Rücksicht auf die beiderseitigen An
gaben sowie weil der aufgenommene Beweis die Erzielbarkeit de
höheren Preises von 6 M. pro Doppelwaggon ergeben habe, an, da
die Klage keine Feststellungsklage wäre, erachtete die Klage aber fü
unbegründet, weil Kläger eine ihm von der Beklagten zugewiesen
Lieferung eines Dritten, welche ihm einschließlich der Bereitschaft de
Beklagten, für die Preisdifferenz aufzukommen, die nöthige Deckun
gewährt haben würde, abgelehnt habe.

Gegen dieses Urtheil hat Kläger die Berufung eingelegt un
beantragt, unter Abänderung desselben nach seinem Klageantrage z
erkennen, eventuell aber, falls dieser Antrag für zulässig nicht er
achtet würde, die Beklagte zur Zahlung von 1800 M., eventuell vo
591 M., zu verurtheilen. Er trat in dieser Richtung Beweis dafü
an, daß er das ganze Quantum Kohlen nach Süddeutschland zu einer
um 6 M. pro Doppelwaggon loko Zeche höheren Preise verkauf
habe. Das preußische Oberlandesgericht zu Hamm erkannte durc
Urtheil vom 12. Oktober 1888 auf Zurückweisung der Berufung
Es wurde angenommen, die Klage sei in der That eine Feststellungs
klage, als solche aber wegen Mangels der Darlegung des Interesse
an alsbaldiger Feststellung unbegründet gewesen, es könne aber au
den nunmehrigen Antrag, auf Leistung zu erkennen, nicht eingegange
werden, weil dies eine Aenderung des Klageantrages sei, die nich
unter § 240 Ziff. 2 C.P.O. falle. Gegen dieses Urtheil hat Kläge
die Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Kläger hatte allerdings seinen Klagantrag in erster Instan
dahin gerichtet, zu erkennen, daß die Beklagte schuldig, ihm allen au
der Nichtlieferung der verkauften Waare entstandenen und noch ent

Prozesse nur die Feststellung der Ersatzverbindlichkeit unter Vorbehalt der Schadensliquidation für einen ferneren Prozeß bewirken. Aber er hat gegenüber dem Einwande der Beklagten, daß es der Klage an der Darlegung des Feststellungsinteresses im Sinne des § 231 C.P.O. fehle, gegen die Auffassung der Klage als Feststellungsklage im Sinne dieser Gesetzesvorschrift ausdrücklich Widerspruch erhoben und er hat, allerdings ohne den Klagantrag zu ändern, den Schaden auch ziffermäßig in der Weise begründet, daß der erste Richter auch über die danach behauptete Schadenshöhe Beweis erhob und nach den Gründen seines Urtheils den behaupteten Betrag auch als dargethan erachtete, während er aus dem materiellen Grunde, daß Kläger die ihm zur Abwendung des Schadens gebotene Gelegenheit nicht benutzt habe, zur Abweisung der Klage gelangte.

Auch wenn der Auffassung des Berufungsgerichts beizutreten wäre, mit welcher dasselbe ohne ein materielles Eingehen auf die Sache die Zurückweisung der klägerischen Berufung trotz des vom Kläger in der Berufungsinstanz eventuell auf Verurtheilung der Beklagten zur Zahlung eines bestimmt bezifferten Betrages gestellten Antrages begründet hat, daß ein Uebergehen von dem Feststellungsbegehren im Sinne des § 231 a. a. O. zum Leistungsbegehren beim Schadensanspruch, sofern es nicht im Sinne des § 240 Ziffer 3 C.P.O. durch eine während des Prozesses eingetretene Veränderung begründet werde, eine unzulässige Klageänderung enthalte, so erscheint es doch nicht zutreffend, die erhobene Klage als Feststellungsklage im Sinn des § 231 a. a. O. aufzufassen.

Das Berufungsgericht kommt bei seiner Darlegung, daß die erhobene Klage trotz der dagegen sprechenden Umstände wegen des gestellten Klageantrags eine Feststellungsklage im Sinne des § 231 C.P.O. sei, darauf hinaus, daß eine Schadensklage, sobald sie nur wegen des Vorbehalts des ziffermäßigen Betrages der Verurtheilung für einen besonderen Prozeß des für eine Leistungsklage erforderlichen Klagantrages entbehre, deshalb immer eine, wenn auch vielleicht wegen Mangels eines Feststellungsinteresses unbegründete Feststellungsklage sei. Dies ist nicht zutreffend und auch nicht aus dem vom Berufungsgericht zitirten Beschlusse der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts vom 28. Juni 1888 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 21 S. 382 flg.) zu folgern. Dort wird, während als Regel

auch weil es ihnen an dem erforderlichen bestimmten Klagantra
fehlt, deren Zulässigkeit vorbehalten, sofern die Voraussetzungen d
§ 231 a. a. O. vorliegen, indem weiter ausgeführt wird, daß f
eine Klage, welche diesen Voraussetzungen entspricht, ein Klagantra
der Verurtheilung, aber doch in dem betreffenden Verfahren kei
Leistung begehrt, entsprechend ist, vergl. S. 387 daselbst. Dara
aber, daß ein Klagantrag bei Unterstellung eines bestimmten A
spruchs ungenügend und zu einer Verurtheilung ungeeignet
während er für einen auf anderen Voraussetzungen beruhenden A
spruch entsprechend wäre, folgt noch nicht, daß man es mit letzter
Anspruche zu thun habe und daß daher, was als Korrektur d
Klagebegehrens bei ersterer Klage noch nachträglich vollkommen z
lässig wäre, deshalb unberücksichtigt bleiben muß, weil es unter de
Gesichtspunkte der letzteren Klage eine unzulässige Klagänderung en
hielte. Wenn bei einer Klage, die auf Befriedigung wegen ein
Anspruchs abzielt, der Klagantrag wegen Mangels der Aufnah
eines Betrages, zu dessen Leistung verurtheilt werden soll, für ei
Verurtheilung unzureichend ist, weil eine Verurtheilung zu ein
Leistung ohne Bestimmung von Art und Umfang derselben unz
lässig ist, so kann diese Unvollkommenheit des Klagantrages offenba
ohne daß damit eine Klagänderung erfolgt, noch nachträglich v
bessert werden. Dies erkennt der zitirte Plenarbeschluß gerade a
indem er es trotz des ungenügenden Klagantrages für ausreiche
erachtet, wenn — was hier der Fall war — die thatsächlichen Grun
lagen für die Bemessung des Betrages gegeben sind. Vergl. S. 3
a. a. O. Offenbar beruhte aber die geschehene Stellung des Kla
antrages in der vorliegenden, vor dem Plenarbeschluß erhoben
Klage auf der erst durch diesen Plenarbeschluß als mit der C.P.
unvereinbar erachteten Praxis der preußischen Gerichte, Veru
theilungen auf Leistung eines Schadensersatzes im Allgemeinen vo
behaltlich der Liquidation des Betrages in einem besonderen Proze
zuzulassen, so daß die Klage eben nicht im Sinne einer Feststellung
klage gemäß § 231 C.P.O. gemeint war.

Aber auch bei Auffassung der erhobenen Klage als Feststellung
klage könnte der vom Berufungsgericht vertretenen Ansicht, daß d
nachträgliche Stellung des Antrages auf Verurtheiluug zur Zahlu
eines bezifferten Schadensbetrages eine unzulässige Klagänderung en
halte, nicht beigetreten werden. Das Berufungsgericht giebt zu, d

gegenüber dem Begehren einer urtheilsmäßigen Feststellung der Schadensersatzpflicht keine Erweiterung des Klagantrages im Sinne des § 240 Ziffer 2 der C.P.O. liegen, als welche nur ein dem ursprünglichen Begehren seinem Wesen nach gleichartiges soll angesehen werden können. Entweder wird hierbei dem Begriffe der „Erweiterung" eine zu enge Bedeutung beigemessen oder das Verhältniß der Feststellungsklage zur Leistungsklage beim Schadensanspruch nicht richtig gewürdigt.

Es ist nicht zutreffend, wenn das Berufungsgericht bei Vergleichung der Erweiterung oder Beschränkung des Klagantrages gemäß § 240 Ziffer 2 C.P.O. mit dem Fordern eines anderen Gegenstandes statt des ursprünglich geforderten wegen einer später eingetretenen Veränderung gemäß § 240 Ziffer 3 a. a. O. die erstere nur im Sinne der Substituirung eines gleichartigen Klagebegehrens verstanden wissen will. Die zitirte Entscheidung, abgedruckt in Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. XIV. S. 427 flg., verwirft gerade eine solche Einschränkung auf den engsten Wortsinn. Es ist auch eine qualitative Steigerung oder Herabsetzung des Beanspruchten, so daß die mit der Prozeßverfolgung bezweckte Einwirkung nach Außen zu einer veränderten Einwirkung, das zu erzwingende Verhalten des Beklagten zu einem anders gearteten wird, zulässig, ohne daß diese Veränderung ihren Grund in erst während des Prozesses eingetretenen Umständen haben muß. Es genügt zu der nach § 240 Ziffer 2 zulässigen Erweiterung oder Einschränkung, wenn der frühere und der spätere Klagantrag in Bezug auf dasjenige, was sie erwirken wollen, im Verhältnisse des Vor- oder Rückschreitens auf dem Wege zu dem Endergebniß der Befriedigung wegen eines und desselben privatrechtlichen Anspruchs stehen.

Ist nun als Rechtsverhältniß im Wege der Feststellungsklage nur ein rechtliches Verhältniß einer Person in der Art geltend gemacht, daß völlig dahin gestellt bleibt, ob aus demselben ein privatrechtlicher Anspruch und welcher hergeleitet werden soll, so wird es bedenklich sein, in der nachträglichen Erhebung eines solchen Anspruchs eine Erweiterung des bisherigen Klagantrages zu finden. Man denke zum Beispiel an den Fall, daß auf Feststellung des rechtmäßig erfolgten Austritts aus einer Gesellschaft geklagt wäre und nachträglich Herauszahlung einer Geldsumme als Gesellschaftsantheil ge-

klage geltend gemacht wird, ist aber gerade das der Existenz eines Schadensanspruchs gegen den Beklagten, der, sofern er fällig, nur wegen des Mangels einer Bezifferung nicht Gegenstand einer Verurtheilung zur Leistung werden kann, während, wenn er im Klagantrage beziffert wäre, ein demselben entsprechendes Urtheil als Urtheil auf Leistung vollstreckbar wäre, auch wenn entsprechend dem Klagantrage statt auf Leistung auf Feststellung, daß der so bezifferte Anspruch dem Kläger gegen den Beklagten zustehe, erkannt und — in solchem Falle zum Ueberfluß ein besonderes Feststellungsinteresse dargethan wäre.

Gegenüber der Geltendmachung des unbezifferten Anspruches in der Richtung seiner Feststellung bei vorhandenem Feststellungsinteresse ist die Geltendmachung desselben unter Bezifferung in der Richtung seiner Befriedigung nur eine Erweiterung des Klagantrages. Wollte man dies leugnen, so könnte auch dem ursprünglich auf Leistung gerichteten Klagantrage, wenn sich ergiebt, daß der Anspruch noch nicht fällig ist, nicht der Antrag auf Feststellung des noch nicht fälligen Anspruches, obwohl schon vor der Klagerhebung ein Feststellungsinteresse vorhanden, nach § 240 Ziffer 2 a. a. O. substituirt werden. Denn, wäre das Erstere gegenüber dem Letzteren keine zulässige Erweiterung des Klagantrages, so könnte das Letztere dem Ersteren gegenüber keine zulässige Einschränkung sein. Das Gegentheil ist aber bereits wiederholt vom Reichsgericht angenommen worden, vergl. die Urtheile des zweiten Civilsenats 215/85 vom 20. Oktober 1885 und des fünften Civilsenats 36/86 vom 6. März 1886 in Bolze, Praxis Bd. 2 Nr. 1563, des zweiten Civilsenats 100/86 vom 25. Mai 1886 und des dritten Civilsenats 55/86 vom 29. Juni 1886 in Bolze a. a. O. Bd. 3 Nr. 1133 Ziffer 3 und 6. Ebenso ist übrigens auch vom zweiten Civilsenat in der Sache T. c/a M. 85/87 vom 8. Juli 1887 — Bolze a. a. O. Bd. 5 Nr. 1099 — die Erweiterung der ursprünglich auf den Schaden dem Grunde nach gerichteten Klage auf den Betrag für zulässig erklärt worden.

Das vom Berufungsgericht erhobene Bedenken, daß bei Zulassung solcher Veränderung, wenn sie erst in der Berufungsinstanz stattfindet, dem Beklagten in Betreff der Schadenshöhe eine Instanz entzogen würde, erscheint ohne entscheidenden Belang, weil die C.P.O. nicht von dem Grundsatze unbedingter Gewährleistung zweier Instanzen für die Vertheidigung gegen einen Anspruch ausgeht. Auch

Beklagte in die Lage kommen, mit seinen Einwendungen, welche dem ursprünglich geltend gemachten geringeren Betrag gegenüber nicht zutreffen, erst in der Berufungsinstanz auftreten zu können. Wird in der ersten Instanz die Schadensklage wegen Verneinung des Grundes abgewiesen, so weist das Berufungsgericht bei entgegengesetzter Ansicht die Sache nicht zur Verhandlung und Entscheidung über den Betrag in die erste Instanz zurück. Vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. XVI. S. 311, Bd. XVII. S. 349, Bd. XIX. S. 247. Der vom Berufungsgericht angezogene § 500 Ziffer 3 C.P.O. will daher nur dem Gericht erster Instanz die Kognition, mit der es befaßt worden und die es sich durch eine Vorabentscheidung vorbehalten, wahren.

Nr. 120.

Liegt in dem Antrage auf Gewährung von Preisminderung, wenn in der Klage Schadensersatz wegen mangelhafter Vertragserfüllung gefordert ist, eine unzulässige Klageänderung?

C.P.O. § 240 Nr. 2.

(Urtheil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 24. September 1888 in Sachen Sch., Klägers, wider W., Beklagten. VI. 152/88.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden ist zurückgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Im Uebrigen hat sich der Kläger noch darüber beschwert, daß unter Verletzung des § 240 C.P.O. das von ihm in der Berufungsverhandlung erhobene Verlangen, daß ihm wenigstens Preisminderung gewährt werde, als eine Klagänderung in sich schließend, auf Grund des § 489 C.P.O. für formell unbeachtlich erklärt sei. Vor allem könnte nun bezweifelt werden, ob, falls das Oberlandesgericht wirklich hierin rechtlich geirrt hätte, damit gegen die Bestimmungen der C.P.O. über Klagänderung, oder gegen die irrevisibeln Normen des sächs. bürgerlichen Gesetzbuchs verstoßen sein würde (vgl. Entsch. in Civilsachen Bd. 14 S. 428). Indessen darf dieser Punkt unentschieden bleiben, da ein rechtlicher Verstoß garnicht vorliegt. Die Preisminderung ist sicherlich nicht ein bloßes Mehr oder Weniger im Verhältnisse zu dem ursprünglich eingeklagten Schadensersatz, sondern einfach etwas ganz Anderes. Allerdings sind in § 240 Nr. 2

Klagänderung nicht im engsten Wortsinne zu nehmen (vgl. Entsch. in Civilsachen Bd. 14 S. 429); aber immer darf die Klagänderung bei Veränderung des Antrages **höchstens** dann verneint werden, wenn letztere „ohne Aenderung des Klaggrundes" vorgenommen ist. Nun ist aber für den Anspruch auf Preisminderung insofern auch der Klaggrund ein anderer, als für den Anspruch auf Schadensersatz, als zur Begründung des erstern auch die rechnungsmäßige Darlegung des Minderwerthes gehört, nicht dagegen andererseits die Behauptung eines vom Kläger erlittenen Schadens, wie eine solche für den Schadensersatzanspruch gerade wesentlich ist. Zwar hat sich der Kläger in der Berufungsverhandlung, wie in der jetzigen Instanz darauf berufen, daß schon in der Klagschrift unter Punkt 48 der „Minderwerth" des Kessels als ein Element seines Gesammtschadens erwähnt sei; allein hierauf kann es schon deshalb nicht ankommen, weil der **Inhalt der Klagschrift** als solcher noch nicht **Klaginhalt** ist, sondern nur so weit er in der ersten Verhandlung zur Sache mündlich vorgetragen worden ist, und weil aus dem Thatbestande des Urtheils erster Instanz nicht zu entnehmen ist, daß der Inhalt des Klagepunktes 48 in der ersten Instanz überhaupt zum Vortrag gekommen wäre.

Nr. 121.

Kann ein Zwischenurtheil des zweiten Richters, durch welches nach vollständiger Verhandlung der Sache der Rechtsweg theilweise für zulässig, theilweise für unzulässig erklärt ist, durch das Rechtsmittel der Revision angefochten werden?

C.P.O. §§ 248, 275, 510.

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 26. Juni 1889 in Sachen Fiskus, Beklagten, wider S., Kläger. V. 91/89.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Hamm ist als unzulässig verworfen.

Thatbestand:

Auf die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges hat das Berufungsgericht durch „Zwischenurtheil" erkannt: „der Rechtsweg wird in Beziehung auf die Entscheidung darüber, ob dem Beklagten die an sich den Adjazenten obliegende Räumung der Pader auf der hier streitigen Strecke obliegt, für zulässig, dagegen bezüglich der Entscheidung, wie und wann diese Räumung zu bewirken, für unzulässig

Entscheidungsgründe:

Die Revision erscheint unzulässig, weil das Urtheil, gegen welches sie sich richtet, kein in der Berufungsinstanz von dem Oberlandesgericht erlassenes Endurtheil im Sinne des § 507 C.P.O., sondern ein gemäß § 275 C.P.O. erlassenes Zwischenurtheil ist, welches nur zugleich mit dem vom Berufungsgericht noch zu fällenden Endurtheil durch Rechtsmittel angefochten werden kann. (C.P.O. § 510.)

In der Berufungsinstanz hat der Beklagte den Einwand der Unzulässigkeit des Rechtsweges erhoben, ohne die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern. In dem Verhandlungstermine vor dem Berufungsgericht vom 9. Februar 1889 haben die beiderseitigen Anwälte über die Zulässigkeit des Rechtsweges und zur Sache verhandelt. In demselben Termine hat das Berufungsgericht, weil die Sache zur Endentscheidung noch nicht reif sei, ausdrücklich auf Grund der Bestimmung des § 275 C.P.O. ein Zwischenurtheil über die Zulässigkeit des Rechtsweges erlassen und zur weiteren Verhandlung in der Sache Termin angesetzt.

In der Regel findet die Revision nur gegen Endurtheile des Berufungsgerichts, nicht gegen Zwischenurtheile statt (C.P.O. § 507). Nur gegen solche Zwischenurtheile ist die Revision zugelassen, welche in Betreff der Rechtsmittel den Endurtheilen gleichgestellt sind (C.P.O. §§ 510, 248 Abs. 2, 276 Abs. 2, 502 Abs. 3, 562 Abs. 3). Dies trifft zu bei denjenigen Urtheilen, durch welche die prozeßhindernde Einrede nach abgesonderter Verhandlung über die Einrede verworfen wird (C.P.O. § 248). Hierzu ist aber das angegriffene Berufungsurtheil nicht zu rechnen, da es nicht den Abschluß und das Ergebniß einer abgesonderten Verhandlung über die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges bildet, sondern ergangen ist auf die Verhandlung über diese Einrede und auf die gleichzeitige Verhandlung in der Sache selbst. Dasselbe stellt sich vielmehr als ein Zwischenurtheil im Sinne des § 275 C.P.O. dar und unterliegt deshalb der Regelvorschrift, daß es nicht selbständig mit einem Rechtsmittel angefochten werden kann. (Vgl. Urtheil des R.G. vom 29. Januar 1886, Entsch. in Civilsachen Bd. 15 S. 398.) Der Eingang der Entscheidungsgründe des Berufungsurtheils läßt auch Zweifel darüber nicht aufkommen, daß ein Zwischenurtheil auf Grund des § 275, nicht auf Grund des

ist noch nicht zur Endentscheidung reif. — — — Dagegen kann schon jetzt auf Grund des § 275 C.P.O. (vgl. Entsch. des R.G. Bd. 15 S. 398) ein Zwischenurtheil über die Zulässigkeit des Rechtsweges, wie hiermit geschieht, erlassen werden."

Durch das Vorderurtheil ist der Rechtsweg theils für zulässig, theils für unzulässig erklärt. Soweit der Rechtsweg für zulässig erklärt ist, steht die Entscheidung in der Sache selbst noch aus. Da dieser Theil der Vorentscheidung nicht ein Urtheil im Sinne des § 248 C.P.O. darstellt, unterliegt derselbe erst dann der Anfechtung mit der Revision, wenn das Urtheil in der Sache selbst gesprochen sein wird. Soweit der Rechtsweg für unzulässig erklärt ist, hätte allerdings vielleicht durch Endurtheil die Klage abgewiesen und damit der Revision der Weg eröffnet werden können. Das Berufungsgericht hat es jedoch vorgezogen, ein solches Urtheil, welches den Karakter eines Theilurtheils (C.P.O. § 273) haben würde, nicht zu erlassen, sondern von der Befugniß des § 275 Gebrauch zu machen, und damit auch diesem Theile seines Urtheils die Eigenschaft eines Endurtheils zu versagen.

Nr. 123.

1. Kann über den Grund eines Anspruchs durch bedingtes Endurtheil vorab dahin entschieden werden, daß für den Fall der Eidesleistung die Klage abgewiesen wird, für den Fall der Eidesverweigerung der Anspruch dem Grunde nach als bestehend angesehen, und nunmehr über die weiteren, die Höhe des Anspruchs betreffenden Einreden zu verhandeln ist?

C.P.O. § 276.

2. Wirkung der Unterschrift einer Dispositivurkunde, deren Inhalt der Unterschreibende nicht kennt.

C.P.O. § 381.

(Urtheil des Reichsgerichts (III. Civilsenat) vom 3. Mai 1889 in Sachen der Firma N., Klägerin, wider Frau F., Beklagte. III. 49/89.)

Auf die Revision der Klägerin ist das Urtheil des großh. hessischen Oberlandesgerichts zu Darmstadt aufgehoben, und die Sache in die I. Instanz zurückverwiesen.

Thatbestand:

Die zu Darmstadt domizilirte Klägerin stand seit dem Jahre 1878 mit dem zu Pfungstadt wohnenden Bäcker G. F. in Geschäftsverbindung, indem sie demselben Mehl in einzelnen Quantitäten zum Betriebe seines Gewerbes lieferte. Sie ist, als F. im Jahre 1887

Betrags nebst Zinsen, indem sie sich darauf beruft, daß diese urkundlich die selbstschuldnerische Bürgschaft für die fragliche Schuld übernommen habe. Unbestritten hat der genannte Ehemann seit Beginn der Geschäftsverbindung mit der Klägerin den Empfang der einzelnen Mehllieferungen auf vorgedruckten Scheinen namensunterschriftlich anerkannt. Seit mindestens dem Jahre 1883 aber verlangte die Klägerin, nachdem sie sich durch Einsicht der Vorrechtsregister des Amtsgerichts Darmstadt überzeugt hatte, daß die Ehefrau F. mit einem Einbringen von 6000 M. in demselben eingetragen war, die solidarische Haftung dieser Ehefrau für die aus den weiteren Geschäften ihres Ehemannes erwachsende Schuld, und es hat dieselbe auch die ihr vorgelegten Lieferscheine mitunterschrieben. In neun dieser Scheine, ausgestellt vom 1. Mai 1883 bis 11. Juni 1885, bestätigen die G. F.'schen Eheleute, und zwar „unter selbstschuldnerischer Bürgschaft der mitunterschriebenen Ehefrau, von der Handlung E. N. in Darmstadt die dort angegebenen Säcke Mehl empfangen zu haben und dafür den angesetzten Preis schuldig geworden zu sein." In den folgenden 16 Scheinen aus der Zeit vom 22. Juli 1885 bis 6. September 1887 bestätigt G. F., von der Handlung N. die angegebenen Säcke Mehl empfangen zu haben und dafür den angesetzten Betrag schuldig geworden zu sein, — „wofür seine mitunterzeichnete Ehefrau als Selbstschuldnerin mit ihrem eigenen Vermögen sich verbürge."

Die verklagte Ehefrau hat in Abrede gestellt, daß sie durch ihre Unterschrift unter die fraglichen Schuldurkunden der Klägerin gegenüber zur Zahlung des eingeklagten Restkaufgeldes verpflichtet worden sei; sie hat insbesondere sich darauf berufen:

„daß sie jene Scheine in der Unterstellung unterzeichnet habe, ihre Mitunterschrift werde nur zur Feststellung der Ablieferung der Waare verlangt, eine Annahme, zu welcher sie durch die täuschende Vorspiegelung ihres Ehemannes, daß ihre Unterschrift nur die Bedeutung einer Empfangsbescheinigung habe, veranlaßt worden sei, während sie mit der Klägerin selber vorher über eine Bürgschaftsübernahme niemals verhandelt und, als ihr Anfangs August 1886 eine solche über die Gesammtschuld ihres Mannes von dem Vertreter der Klägerin angesonnen worden sei, dies abgelehnt habe."

Eventuell hat die Beklagte — unter Widerspruch der Klägerin — die Einrede der Zahlung in Höhe von 300 M. und weiter vorge-

hützt, daß laut Vereinbarung keine Zinsen von der eingeklagten
·orderung berechnet werden dürften.

Das Landgericht hat die Verhandlungen auf den Grund des
:hobenen Anspruchs beschränkt und nach stattgehabter Beweis-
ufnahme darüber: „ob eine rechtsgültige Bürgschaft der Beklagten
orliege", durch Urtheil vom 23. Mai 1888 der letzteren einen richter-
chen Eid dahin auferlegt:

„daß sie jene Scheine, ohne sie zu lesen und ohne das Bewußt-
sein, sich dadurch zu verbürgen, unterschrieben habe, indem sie der
Versicherung ihres Mannes, es habe nichts zu bedeuten, es seien
nur Empfangsbescheinigungen, Glauben geschenkt habe."

Für den Fall der Ableistung dieses Eides ist Klageabweisung,
ır den umgekehrten Fall aber ausgesprochen worden, daß über
ie Höhe des geltend gemachten Anspruchs weiter verhandelt wer-
en solle.

Die von der Klägerin hiergegen eingelegte Berufung ist durch
Irtheil zweiter Instanz vom 10. Dezember 1888 als unbegründet
urückgewiesen worden.

Entscheidungsgründe:

1. Revisionsklägerin rügt zunächst, daß das Urtheil erster In-
tanz an dem formellen Mangel leide, daß es für den Fall der Ver-
veigerung des der Beklagten auferlegten Eides keine Verurtheilung
ıach dem Grunde des erhobenen Anspruchs enthalte, also kein Zwischen-
ırtheil im Sinne des § 276 C.P.O. sei; es habe daher der zweite
Richter auf die eingelegte Berufung unter Aufhebung jenes Erkennt-
ıisses die Sache zur Erledigung der anderweit vorgebrachten Ein-
vendungen der Zahlung und des mangelnden Zinsanspruchs an die
:rste Instanz zurückverweisen oder selbst über jene Einreden verhan-
)eln lassen und entscheiden müssen. Dieser Angriff ist nicht begrün-
)et. Das Landgerichtsurtheil spricht zwar ausdrücklich nur für den
Fall der Ableistung des richterlichen Eides Abweisung der Klage aus,
vährend es für den umgekehrten Fall weitere Verhandlungen vor-
)ehalten hat. Da jedoch der erhobene Anspruch nach Grund und
Betrag streitig war, so konnte das Gericht gemäß § 276 C.P.O.
iber den Grund vorab entscheiden, und hat dies auch, nachdem es
)ie Verhandlungen bei Erlaß des Beweisbeschlusses hierauf beschränkt
)atte, in dem mit der Berufung angefochtenen Urtheile vom 23. Mai
1888 gethan. In der für den Fall der Eidesverweigerung ausge-

kenntniß, daß alsdann der Anspruch seinem Grunde nach als bestehend anzusehen und nur noch über die weiteren, die Höhe der Klagforderung betreffenden Einwendungen zu befinden sei. Die Entscheidung der vereinigten Civilsenate des R.G. in Bd. 7 Nr. 127 der R.G.=Entsch. trifft einen derartigen Fall nicht.

Vgl. Wilmowski u. Levy, Kommentar zur C.P.O., 5. Aufl., zu § 276 Anm. 2 a. E.

2. In der Hauptsache mußte dagegen der Revision stattgegeben werden.

Der vorliegende Fall bietet keinen genügenden Anlaß zur grundsätzlichen Erörterung und Entscheidung der Streitfrage, ob bei Verkehrsgeschäften die unabsichtliche Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung in jedem Falle die Folge habe, daß die abgegebene Willenserklärung nichtig sei, oder ob es nicht vielmehr umgekehrt nur auf die Erkennbarkeit der Willenserklärung für den Mitkontrahenten ankomme. Denn selbst wenn man sich ganz auf den Standpunkt des Vorderrichters stellt, und das entscheidende Moment in die Beschaffenheit des Irrthums setzt, auf welchen sich der Erklärende zur Beseitigung seiner Haftpflicht aus dem in die äußerliche Erscheinung getretenen Vertrage beruft, und wenn man dabei nach allgemeinen Grundsätzen über Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nur einen entschuldbaren Irrthum gelten läßt, ist die angefochtene Entscheidung nicht aufrecht zu halten.

Die von den N.'schen Eheleuten ausgestellten, ihrer Aechtheit, sowie dem Orte und der Zeit ihrer Ausstellung nach nicht bestrittenen 24 Lieferscheine, auf welche die Klägerin den erhobenen Anspruch stützt, beweisen als dispositive Privaturkunden nach § 381 C.P.O. nicht bloß, daß der Ehemann der Beklagten die darin aufgeführten Mehlquantitäten zu den dafür berechneten Preisen käuflich empfangen hat, sondern auch die Uebernahme der selbstschuldnerischen Bürgschaft durch die beklagte Ehefrau für die daraus sich ergebenden Verpflichtungen. Diese Feststellung hat jedoch keinen Einfluß auf die materielle Beweiskraft jener Urkunden, und es stand daher der Beklagten — von jenem Standpunkte aus — frei, einredeweise darzuthun, daß der in den Urkunden ausgedrückte Verpflichtungswille ihrem wirklichen Willen nicht entsprochen habe. Nur mit der nackten Behauptung, daß sie jene Urkunden, ohne sie zu lesen, unterschrieben habe, war die Beklagte nicht zu hören. Denn wer eine Dispositivurkunde

oder Erfüllung eines Rechtsgeschäfts bestimmt werden soll, unterwirft sich damit ohne weiteres der in der Urkunde ausgedrückten Verpflichtung, wie solche auch immer lauten möge. Wohl aber konnte sich die Beklagte auf täuschende Vorspiegelungen ihres Ehemannes berufen, wenn sie dadurch in einen entschuldbaren Irrthum über den Inhalt der fraglichen Urkunden versetzt wurde.

Der Vorderrichter verkennt dies nicht; wenn er aber annimmt, daß unter den hier obwaltenden Umständen der angebliche Irrthum der Beklagten ein entschuldbarer sei, so kann ihm hierin nicht beigetreten werden.

(Das wird näher ausgeführt.)

Nr. 123.

Kann die Aussage einer Person, welche in I. Instanz als Zeuge vernommen, in II. Instanz als Partei in den Prozeß eingetreten ist, als Beweismaterial benutzt werden?

C.P.O. §§ 338 ff.

(Urtheil des Reichsgerichts (III. Civilsenat) vom 2. April 1889 in Sachen D. u. Frau, Beklagte, wider R., Kläger. III. 32/89.)

Die Revision der Beklagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Cassel ist zurückgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

In erster Instanz ist die Mutter der Klägerin als Zeugin vernommen und beeidigt worden; in zweiter Instanz wurde ihr, nachdem sie inzwischen zur Vormünderin ihrer Tochter bestellt war, in der Eigenschaft als Prozeßpartei ein richterlicher Eid auferlegt. Ein begründeter Einwand läßt sich gegen dieses Verfahren nicht erheben. Auch die Beklagten haben ihren Revisionsangriff nur dagegen gerichtet, daß der Berufungsrichter in seiner Beweiswürdigung auf die Zeugenaussage der klägerischen Mutter unter den veränderten Umständen noch Gewicht gelegt habe. Dieser Angriff ist jedoch verfehlt. Die fragliche Zeugenaussage ist in formell richtiger Weise zu den Akten gebracht worden, sie ist und bleibt ein Theil des Prozeßstoffs; dem Richter kann daher nicht untersagt sein, neben anderen aktenmäßigen Thatsachen auch jene Aussage in den Kreis seiner thatsächlichen Würdigung zu ziehen. In welchem Maße er dies thun will,

Nr. 124.

Darf der Richter die nachträglichen schriftlichen Angaben eines mündlich vernommenen Zeugen ohne neue Vernehmung desselben als Beweismaterial berücksichtigen?

C.P.O. § 363.

(Urtheil des Reichsgerichts (III. Civilsenat) vom 3. Mai 1889 in Sachen B., Klägers, wider K., Beklagten. V. 51/89.)

Auf die Revision des Klägers ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Halle aufgehoben, und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat auf Grund der stattgehabten Beweisaufnahme angenommen, daß die klägerische Behauptung, es sei unter den Parteien ein Kaufpreis von 66000 M. vereinbart, nicht bewiesen, dagegen die beklagtische Behauptung, es sei ein solcher von 69000 M. festgesetzt, voll bewiesen sei. Hiermit ist als bewiesen festgestellt, daß die bindende mündliche Fixirung des Kaufpreises auf 69000 M. durch die nachträgliche schriftliche Abfassung des Kaufvertrages nicht abgeändert ist, und würde dem gegenüber dem materiellen Revisionsangriffe des Klägers keine Folge zu geben sein. Begründet ist dagegen die erhobene prozessuale Rüge, da die gedachte Beweisfeststellung nach den Entscheidungsgründen des Berufungsurtheils mit auf der im Thatbestande erwähnten schriftlichen Erklärung des zuvor mündlich vernommenen Zeugen P. beruht. Diese Erklärung enthält zusätzliche Aeußerungen, welche der Zeuge zur Ergänzung seiner früheren Aussagen nach nochmaliger wiederholter Erwägung abzugeben sich verpflichtet hielt, und deren Richtigkeit auf den geleisteten Zeugeneid er vermeinte schriftlich versichern zu dürfen. Ein gesetzlich zulässiges Beweismittel enthielt diese schriftliche Aeußerung des Zeugen nicht, und konnte dieselbe, insofern das Prozeßgericht deren Inhalt als erheblich für die Beweisfrage ansah, nur Veranlassung geben, gemäß § 363 C.P.O. die wiederholte Vernehmung des Zeugen anzuordnen, damit demselben Gelegenheit zur Ergänzung und Berichtigung seiner Aussage und dem Gerichte wie den Parteien die Möglichkeit gegeben werde, durch Fragestellung die ihnen zustehende Theilnahme an der Beweiserhebung auszuüben. Wenn hier, ohne daß dies geschehen ist, die schriftliche Aeußerung des Zeugen als ein die Ueberzeugung

s Prozeßgerichtes mitbestimmendes Beweismoment verwerthet wurde, beruht insoweit die getroffene Entscheidung nicht auf gesetzlicher rundlage, und war dieselbe daher aufzuheben und die Sache zur nderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht rückzuverweisen. —

Nr. 125.

uß die Aenderung der Eidesnorm in einem bedingten Endurtheil durch Beschluß des Prozeßgerichts oder durch Urtheil erfolgen?

C.P.O. § 431.

rtheil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 4. Oktober 1888 in Sachen G. und Genossen, Beklagte, wider F., Kläger. VI. 161/88.)

Die Revision der Beklagten wider das Urtheil des sächsischen)berlandesgerichts zu Dresden ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Kläger hat den Beklagten ein Grundstück als Bauplatz verkauft, relches mit der Ost- und Westseite an weitere Grundstücke des Klägers öẞt. Beklagte haben auf dem Kaufobjekte Vorder- und Hinter-ebäude errichtet. Die westliche Giebelmauer des einen Hinterhauses agt 25 bis 50 cm in das Areale des Klägers, d. h. also, dieselbe eht ihrer ganzen Länge nach theilweise auf Klägers Grund und Boden. Kläger hat mit der Negatorienklage die Beseitigung dieser Mauer, soweit sie auf seinem Grundstück steht, begehrt. Beklagte aben u. A. eingewendet, daß Kläger seine Einwilligung zur Ueber-chreitung der Grenze, d. i. zur Errichtung einer s. g. gemeinschaft-ichen Mauer, ertheilt habe. Ohne Erhebung der angebotenen Be-weise hat die I. Instanz, das sächsische Landgericht zu Leipzig, die Beklagten klagegemäß verurtheilt.

Auf Berufung der Beklagten hat das sächsische Oberlandes-gericht zu Dresden nach erhobenen Beweisen mit bedingtem Endurtheile om 16. Dezember 1887 die Entscheidung für oder wider die Be-klagten von der Nichtleistung oder Leistung eines dem Kläger aufer-egten (Delat-) Eides über die Einrede der Einwilligung abhängig gemacht.

Gegen dieses Urtheil hatten beide Theile die Revision eingelegt, dieselbe aber wieder zurückgenommen.

Schon vor dem und im Schwurtermine hat Kläger eine andere Fassung des Eidessatzes beantragt, welchem Antrage gegen Wider-spruch der Beklagten durch Beschluß stattgegeben und sodann dem

genommen wurde, worauf durch Urtheil vom 28. April 1888 in der Hauptsache nach der Klagbitte erkannt wurde.

Beklagte haben noch Revision verfolgt.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die gerügte Verletzung des § 431 C.P.O. hat nicht stattgefunden. Das Verfahren im Falle einer Abänderung des Eidessatzes ist zwar direkt im Gesetze nicht geregelt, und die Gesetzesmaterialien enthalten gleichfalls keine hieher einschlagenden Ausführungen. Allein aus den Worten des § 431 „selbst, wenn der Eid bereits durch bedingtes Endurtheil auferlegt ist" leitet sich von selbst die Folgerung ab, daß ein neues Urtheil über die Abänderung der Eidesnorm nicht zu erlassen. Vielmehr wird, wenn beide Theile und das Gericht über die Abänderung einverstanden sind, der Eid sofort in der abgeänderten Fassung abzunehmen sein; wenn aber Widerspruch erfolgt, hat die neue Formulirung durch Beschluß des Prozeßgerichtes zu geschehen und ist hierauf sofort zur Eidesabnahme zu schreiten. Für selbständige Anfechtung des bezüglichen Beschlusses fehlt es an jeder gesetzlichen Grundlage; die Anfechtung erfolgt vielmehr mit dem Rechtsmittel gegen die purgatoria. In diesem Sinne wird auch in der Literatur vorwürfige Frage behandelt; vergl. die Kommentare von Seuffert, Struckmann und Koch, Hellmann, von Wilmowski und Levy u. s. w. zu § 431 der C.P.O. Das vom Berufungsgericht eingehaltene Verfahren ist sohin als dem Gesetze entsprechend zu bezeichnen.

Nr. 126.

Darf der Richter bei Entscheidung der Frage, welcher Partei über eine bestrittene Behauptung ein nothwendiger Eid aufzuerlegen sei, auf die Beweispflicht Rücksicht nehmen?

C.P.O. §§ 437, 259.

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 8. November 1888 in Sachen Z., Klägers, wider Sch., Beklagten. IV. 188/88.)

Auf die Revision des Klägers ist das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Naumburg aufgehoben, und die Sache in die II. Instanz zurückverwiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Rechtsnormwidrig ist ferner bei Entscheidung der Frage, welcher Partei der für erforderlich erachtete richterliche Eid aufzuerlegen sei,

auf die Beweispflichtigkeit Gewicht gelegt. Die Unrichtigkeit der vorderrichterlichen Auffassung hat das Reichsgericht schon in dem, einen gleichen Rechtsfall behandelnden, Urtheile vom 7. Juni 1888 in Sachen P. wider P. IV. 64/88 dargelegt. Nach § 259 C.P.O. hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. Im Anschlusse hieran giebt der § 437 C.P.O. für den Fall, daß das Ergebniß der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend ist, um die Ueberzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, dem Gerichte die Befugniß, der einen oder der anderen Partei über eine streitige Thatsache einen Eid aufzuerlegen. Der richterliche Eid ist also nicht, wie der zugeschobene Eid, ein Mittel zur Herstellung formeller Gewißheit, sondern, wie dies auch in der Begründung des Entwurfs der C.P.O. betont wird (vergl. Hahn, Materialien Bd. I. S. 340), ein Mittel zur Herstellung der richterlichen Ueberzeugung. Seine Ueberzeugungskraft aber kann sich selbstverständlich nicht nach der Beweispflichtigkeit, sondern nur nach der voraussetzlichen Wahrhaftigkeit des Schwörenden bemessen. Und da sein Zweck darin besteht, dem Richter die noch nicht erlangte Ueberzeugung von der wahren Bewandniß der Sache zu verschaffen, so darf sich der Richter bei der Entscheidung, welcher Partei der Eid aufzuerlegen sei, nur durch Momente bestimmen lassen, welche für die Beweiskraft desselben von Erheblichkeit sind. Zu diesen Momenten gehört nicht die Beweispflichtigkeit einer oder der anderen Partei bezüglich des zum Eide verstellten Thatumstandes. Dieselbe giebt zwar den Ausschlag bei Beantwortung der Frage, welcher Partei die Nichterwiesenheit einer erheblichen Thatsache zum Nachtheil gereicht. Man wird ihr auch entscheidende Bedeutung beimessen müssen bei der Frage, ob über eine streitige Thatsache ein richterlicher Eid aufzuerlegen sei. Wenn aber, wie im gegenwärtigen Falle, nach Befinden des Gerichts soviel zu Gunsten des Beweispflichtigen dargethan ist, daß die Auferlegung eines richterlichen Eides überhaupt für erforderlich erachtet wird, so ist für die Auswahl des Schwurpflichtigen die Beweispflicht der Parteien ohne Gewicht und nur das Maß der dem Eide der einen oder der anderen Partei vom Gerichte beigelegten Ueberzeugungskraft, vielleicht neben oder in Verbindung mit

Entscheidung beruht sonach auf einer Verletzung des § 437 C.P.O.

Nr. 127.

1. Wird die Berufungsfrist durch Zustellung der Berufung an den Rechtsanwalt, welcher ohne Prozeßbevollmächtigter zu sein, den Prozeßbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung I. Instanz vertreten hat, gewahrt? C.P.O. §§ 476, 164. Wird der Mangel der Zustellung gehoben wenn die Berufungsschrift innerhalb der Frist in die Hand des Prozeßbevollmächtigten I. Instanz gelangt?

2. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. C.P.O. § 211. Kommt es auf die Feststellung des Verschuldens des Prozeßbevollmächtigten an?

(Urtheil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 4. Juni 1888 in Sachen Sch., Klägers, wider die Aktiengesellschaft Siegener Dynamitfabrik, Beklagte. VI. 93/88.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Hamm ist zurückgewiesen.

Gründe:

Der Prozeßbevollmächtigte erster Instanz für die Beklagten war der Rechtsanwalt B. In dem schließlichen Verhandlungstermine der ersten Instanz vom 15. Februar v. Js. erschien für die Beklagten der Justizrath Dg. Dieser wurde in dem darauf erlassenen Urtheil als Vertreter der Beklagten vermerkt.

Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers für die erste Instanz war der Rechtsanwalt Sch. Der Rechtsanwalt Ds. vermittelte in erster Instanz die Korrespondenz der klägerischen Partei mit diesem Prozeßbevollmächtigten. Nachdem die Klage in erster Instanz abgewiesen war, beauftragte Ds. den Rechtsanwalt Dr. W. mit der Einlegung der Berufung und übersandte demselben dabei seine Manualakten und eine Abschrift des erstinstanzlichen Urtheils. Der Name des beklagtischen Prozeßbevollmächtigten erster Instanz war aus diesen Manualakten nicht zu ersehen; auch wurde dem Rechtsanwalt Dr. W. die Urkunde über die Zustellung des Urtheils erster Instanz nicht mit übersandt. Der Rechtsanwalt Dr. W. nahm daher, auf Grund der Angabe im Urtheil an, daß der Justizrath Dg. der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten für die erste Instanz gewesen sei, und ließ er diesem die Berufungsschrift fristgemäß zustellen. Als er später aus den Manualakten des Rechtsanwalts Sch. seinen Irrthum erkannte, ließ er die Berufungsschrift noch dem Rechtsanwalt B. zu-

ollmächtigten der
; an denjenigen
: zu sein, den
ig erster Instanz

Wiedereinsetzung
ufungsfrist vor-
mme darauf an,
bwendbaren Zu-
t werden. (Das

einsetzung in den
ägers als unzu-

Berufungsschrift
einem anderen
ollmächtigten des
entschuldbar sei,
der Frist in die
re, so müsse die

und 164 C.P.O.
hört es zu den
stellung der Be-
von dem Gegner
gter noch nicht
ers für die erste
sschrift innerhalb
elmehr demselben
die Förmlichkeiten
e rechtzeitige Zu-
ten des Gegners
ein. In einem
Voraussetzungen
den Ablauf der

fochtenen Urtheil

durchschnittliche Maß der Diligenz zu Grunde legen; es sei ungenügend geprüft, ob dem Rechtsanwalt Sch. ein Versehen zur Last falle; um dieses mit hinreichender Sicherheit beurtheilen zu können, hätten die Manualakten desselben vorgelegt werden müssen; so wie die Sache liege, sei mit Sicherheit nicht zu ersehen, wem von den Mandataren des Klägers ein Versehen zur Last falle, und welcher event. dem Kläger regreßpflichtig sein würde.

Nach dem § 211 ist einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Nothfrist einzuhalten, auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen. Wie die Motive ergeben, hat man absichtlich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht von dem Mangel eines Verschuldens abhängig machen wollen. Es heißt dort (zu § 204 des Entwurfs) „die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird dem Restitutionsgrunde nach auf Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle (vis major) eingeschränkt. — Während der Begriff des „„Mangels an Verschulden““ leicht einer laxen Interpretation ausgesetzt ist, hat das Erforderniß der vis major bereits auf dem Gebiet des Handelsrechts (deutsches H.G.B. Art. 395) Eingang und bestimmte Anwendung gefunden.“ Es kommt hiernach nicht darauf an, ob ein Verschulden auf Seiten eines Bevollmächtigten des Klägers genügend festgestellt ist; vielmehr handelt es sich nur darum, ob die Versäumung der Berufungsfrist auf einem unabwendbaren Zufall beruht. (Vgl. Entsch. des R.G. Bd. 3 S. 421.) Dieses wird von dem Berufungsgericht ohne Rechtsirrthum verneint, indem es ausführt, daß die Versäumung der Frist sehr wohl hätte vermieden werden können.

Nr. 128.

1. Darf der Berufungsrichter, wenn er im Gegensatz zum ersten Richter den Grund des Anspruchs anerkennt, die Sache zur Verhandlung und Entscheidung über den Betrag in die erste Instanz zurückverweisen?

C.P.O. §§ 499, 276.

2. Rechtlicher Begriff eines Bahnhofes. Eignes Verschulden des Bahnbeamten bei Kollision der ihm durch Instruktionen auferlegten Pflichten.

Haftpflichtges. vom 7. Juni 1871 § 1.

(Urtheil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 5. April 1888 in Sachen des preuß. Eisenbahnfiskus, Beklagten, wider den Schaffner F., Kläger. VI. 30/88.)

Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist, während er den fraglichen von der Eisenbahn-Station Gatersleben nach einem Aufenthalt von einer Minute abfahrenden Personenzug als Schaffner und Bremser begleitete und zum Billetkoupiren auf einem rechtsseitigen Trittbrett des Zuges stand, bei dem Vorüberfahren an einem Holzlagerplatz durch den Stoß einer vorstehenden Bohle verletzt und beansprucht deshalb Entschädigung nach § 1 des Haftpflichtgesetzes.

Während der erste Richter ihn mit diesem Anspruche abgewiesen hat, erkennt der Berufungsrichter denselben dem Grunde nach für gerechtfertigt, indem er die Sache zur Verhandlung und Entscheidung über die Höhe des Schadensersatzes und über die Kosten des Rechtsstreites in die erste Instanz zurückverweist.

Der letztgedachte Ausspruch beruht auf Verletzung der §§ 499 und 276 C.P.O. Denn nach der Regel des § 499 hat das Berufungsgerichts auch über diejenigen Streitpunkte zu entscheiden, über welche in erster Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden ist. Der durch § 276 hiervon ausgenommene Fall, daß das Gericht erster Instanz über den Grund des Anspruchs vorab entschieden hat, liegt aber nur dann vor, wenn die Entscheidung desselben sich darauf beschränkt, daß der Anspruch seinem Grunde nach gerechtfertigt oder nicht gerechtfertigt sei, dagegen keineswegs auch dann, wenn das Gericht den Beklagten verurtheilt oder, wie im vorliegenden Falle, den Kläger abgewiesen, wenn es also nicht unter Abgabe eines Zwischenurtheils über den Anspruchsgrund die weitere Entscheidung sich vorbehalten, sondern durch Endentscheidung den Rechtsstreit erledigt hat. Auch wird hierin dadurch nichts geändert, daß es diese Endentscheidung etwa selbst irrthümlich als Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs bezeichnet oder eine solche Vorabentscheidung besonders beschlossen hätte. Vergl. Entsch. des R.G. in Civils. Bd. 17 S. 349.

In der bezeichneten Hinsicht war daher das angefochtene Urtheil aufzuheben.

Im Uebrigen konnte die Revision nicht für begründet erachtet werden. Zunächst fragt es sich, ob nicht der Berufungsrichter fest-

daher nicht schon aus diesem Grunde der Klageanspruch als gerechtfertigt sich darstellt.

Die Ausführung des Berufungsrichters, daß der Beklagte für den Unfall verantwortlich sei, weil er ihn durch Anordnungen, welche den fraglichen Zusammenstoß ausgeschlossen, verhindern konnte, daß dieser daher mit einem Gestatten oder Unterlassen desselben im ursachlichen Zusammenhange stehe, also nicht als ein von seinem Willen unabhängiges Ereigniß anzusehen sei, würde auf ein Verschulden des Beklagten bezogen werden können. Gleichwohl ist sie nicht in diesem Sinne zu verstehen, da dem letzterem eine pflichtwidrige Unterlassung nicht zur Last gelegt ist. Dem Zusammenhange nach hat damit vielmehr nur gesagt werden sollen, daß der Unfall mit dem Eisenbahnbetriebe des Beklagten ursachlich zusammenhänge, daß derselbe daher nach § 1 des Haftpflichtges. vom 7. Juni 1871 zu beurtheilen, und daß die Annahme höherer Gewalt dabei ausgeschlossen sei.

Danach aber kam es der bezeichneten Vorschrift zufolge auf die weitere Untersuchung an, ob der Unfall durch eigenes Verschulden des Klägers verursacht sei. Ohne Rechtsverletzung verneint dies der Berufungsrichter.

Soweit beklagtischer Seits ein Verschulden des Klägers daraus hergeleitet ist, daß der Holzlagerplatz auf dem Bahnhofe sich befinde, daß aber der § 10 der Instruktion für Schaffner das Billetkoupiren während der Fahrt nur außerhalb des Bahnhofs gestatte, führt er aus:

Eine nähere Bezeichnung der Bahnhofsgrenzen fehle in der Instruktion. Ebensowenig habe der Beklagte zu behaupten vermocht, daß Kläger darüber belehrt sei. Mangele es für denselben überhaupt an einer authentischen und bindenden Begriffsbestimmung des Bahnhofs im Sinne der Instruktion, lasse vielmehr diese Bezeichnung nach den örtlichen Verhältnissen eine verschiedene Deutung zu und fehle es, wie feststehe, insbesondere für Gatersleben an einem äußerlich erkennbaren Abschlusse des Bahnhofs, so sei Kläger auch nicht im Verschulden, wenn er sich über dessen Grenzen geirrt und danach gehandelt habe.

Mit Unrecht rügt die Revision hierbei die Verkennung des Begriffs „Bahnhof" und den Mangel an Begründung, indem sie auf die Bestimmung im § 1 des Deutschen Eisenbahn-Polizei-Reglements

vom 30. November 1885: „die Bahnhöfe sind durch Signale geschlossen zu halten und nur für die Einfahrt und Durchfahrt der Züge zu öffnen" Bezug nimmt, wonach unter Bahnhof das durch diese Signale geschlossene Terrain zu verstehen sei. Denn abgesehen davon, daß das bezeichnete Reglement jünger ist als der Unfall vom 27. Juli 1885, enthält die angezogene Bestimmung keine Definition des Bahnhofs, sondern nur eine polizeiliche Vorschrift, welche den Begriff desselben voraussetzt. Sie läßt aber auf diesen Begriff auch nicht mit Sicherheit schließen. Denn von dem Schluß und der Oeffnung der Bahnhöfe durch Signale kann auch in dem Sinne die Rede sein, daß für dieselben die Einfahrt und Durchfahrt durch Signale, welche sich außerhalb ihrer Grenzen befinden, verboten oder gestattet wird.

Bei der Anwendung des § 10 der Schaffner-Instruktion fragt es sich daher lediglich, was diese unter Bahnhof versteht, und ob dem Kläger bekannt war oder bekannt sein mußte, daß danach der Ort, an welchem er die Verletzung erlitt, sich noch innerhalb des Bahnhofs befinde. Aus hinreichenden thatsächlichen Erwägungen verneint der Berufungsrichter das letztere.

Nicht anders verhält es sich mit der Beurtheilung des Verschuldens des Klägers, welches der Beklagte darin erblickt, daß derselbe der ausdrücklichen Vorschrift im Abs. 3 des § 10 a. a. O. zuwider während der Fahrt nicht auf seinem Bremsersitze sich befunden hat. Auch der Berufungsrichter findet hierin an sich ein Zuwiderhandeln gegen die Schaffner-Instruktion. Er hält dieselbe jedoch für entschuldigt, indem er erwägt: die bezeichnete Instruktion schreibe vor, daß der Schaffner auf den Stationen bei dem zweiten Zeichen der Signalglocke mit dem Billetkoupiren zu beginnen habe. Nach der Instruktion für Bremser solle er sich aber zu derselben Zeit auf den Bremsersitz begeben. Wenn er bei einer solchen Kollision seiner Pflichten nach eigenem Ermessen wähle und glaube, daß er die Bremse auf einen Augenblick verlassen dürfe, um seiner Schaffnerpflicht zu genügen und dann erst wieder die Bremse zu bedienen, so könne ihm kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er beim Mangel einer für solche Kollisionsfälle gegebenen Instruktion und nur auf sich selbst bei der Dringlichkeit des Falles angewiesen in seiner Wahl fehl greife.

Die Revision findet hierin insofern eine Thatbestandswidrigkeit, als nach dem Inhalte der gedachten Instruktionen, welche in der Be-

seien, also einen Bestandtheil des Thatbestandes bilden, der vermeintliche Kollisionsfall nicht vorliege, indem sie hervorhebt: Während nach § 14 Abs. 1 der Schaffner-Instruktion mit dem Koupiren der Billets bei dem zweiten Glockensignal zu beginnen sei, schreibe der § 10 Abs. 1 derselben nur vor, daß der Schaffner erst auf das Abfahrtssignal des Zugführers sofort seinen Platz einzunehmen habe, und der § 13 Abs. 1 der Bremser-Instruktion, daß der Bremser seinen Sitz schleunigst besteigen solle, sobald der Zugführer mit der Mundpfeife dem Wagenpersonal das Signal zum Einnehmen der Plätze gebe. Dieser Zeitpunkt sei aber mit dem zweiten Glockensignal nicht identisch, vielmehr habe im konkreten Falle die Zeit von einer Minute dazwischen gelegen. Sollte aber die letztere nicht ausgereicht haben, um das Billetkoupiren zu beendigen, so hätte Kläger, wie bereis in der Berufungsinstanz geltend gemacht sei, die Abfahrt des Zuges verzögern oder andere Personen zu seiner Hülfe heranziehen oder die Beendigung des Koupirens bis zur nächsten Station verschieben müssen.

Dieser Ausführung konnte nicht beigetreten werden.

Die beiden Instruktionen sind aus dem angeführten Grunde allerdings als ein Theil des dem Berufungsurtheil zu Grunde liegenden Thatbestandes anzusehen. Es ist daher inkorrekt, daß der Berufungsrichter die Bremser-Instruktion nicht zu den Akten nahm. Dieser Mangel erscheint dadurch geheilt, daß der Beklagte dieselbe gegenwärtig überreicht und der Kläger sie anerkannt hat. Nicht mit Unrecht nimmt aber der Berufungsrichter nach dem Inhalte der Instruktion eine Kollision der Pflichten des Klägers an. Denn wenn es auch nicht richtig sein sollte, daß der vorgeschriebene Beginn des Billetkoupirens und das nothwendige Einnehmen des Bremsersitzes genau in einem Zeitpunkte zusammenfielen, so war doch die Zwischenzeit zwischen beiden Momenten in dem vorliegenden Falle so kurz, daß seine Annahme, als auf thatsächlicher, nicht rechtsirrthümlicher Würdigung der konkreten Umstände beruhend, sich darstellt, der Kläger sei entschuldigt, wenn er bei der ihm obliegenden doppelten Pflicht und der Dringlichkeit des Falles in der Wahl der Mittel fehlgegriffen habe.

Daß nach der Behauptung des Beklagten zu den Mitteln, welche ihm zur thunlichsten Erfüllung seiner Verpflichtungen zu Gebote standen, auch die Sistirung der Abfahrt des Zuges, die Heranziehung

ist, wie anzunehmen, dabei mit erwogen, aber auch darin, daß trotzdem ein entschuldbarer Fehlgriff des Klägers angenommen wurde, eine Rechtsverletzung nicht zu erblicken.

Da hiernach die gemäß § 1 des Haftpflichtgesetzes an sich begründete Ersatzpflicht des Beklagten auch durch Einreden nicht als ausgeschlossen erscheint, so ist dieselbe mit Recht anerkannt, dem Obigen zufolge daher über den Betrag des geforderten Schadensersatzes von dem Berufungsrichter, weiter zu verhandeln und zu entscheiden.

Nr. 129.

1. Ist das in der Mark Brandenburg geltende eheliche Güterrecht revisibel?
C.P.O. § 511.

2. Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältniß gegen die Klage desjenigen, welcher eine Hypothek entgeltlich erworben hat.
Eigth.-Erw.-Ges. § 38 Abs. 2.

3. Steht das „Kennenmüssen" dem „Kennen" gleich?

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 15. Juni 1887 in Sachen des Kaufmanns H., Klägers, wider den Bierverleger H., Beklagten. V. 90/87.)

Auf die Revision des Klägers ist das Urtheil des preuß. Kammergerichts aufgehoben, und die Sache in die zweite Instanz zurückgewiesen.

Thatbestand:

Für die — inzwischen verstorbene — Ehefrau des Klägers ist im Grundbuch eine noch in Höhe von 5800 M. bestehende Hypothek von 9000 M. eingetragen. Dieselbe hat am 3. Oktober 1883 dem Beklagten das darüber gefertigte Dokument mit einem von ihr unterschriebenen Revers folgenden Wortlauts ausgehändigt: „Zur Sicherheit für die Einlösung des von mir akzeptirten Wechsels zum 3. Januar 1884 in Höhe von 4400 M. übergebe ich hierdurch Herrn H. als Faustpfand die mir von dem Hause Görlitzerstraße Nr. 58 Ecke Sorauerstraße Nr. 17 zustehende Hypothek von 9000 M. und zugleich verpflichte ich mich hierdurch, wenn ich diesen Wechsel nicht einlöse, obige Hypothek Herrn H. gerichtlich zu zediren." Demnächst ist die Hypothekenforderung für den Beklagten gerichtlich gepfändet. Der Kläger behauptet, die Hypothek sei ihm zur Sicherung von Darlehen bestellt, welche er dem Verpfänder gegeben habe, und nur zum Scheine für seine Frau eingetragen, welcher gar kein Recht darauf gebührt habe; dem Beklagten sei dies bei Erwerb des Pfand-

Hypothek zu willigen, die Hypothek frei zu geben und ihm das Dokument herauszugeben; event. anzuerkennen, daß dem Kläger und nicht dessen Ehefrau die fragliche Darlehnsforderung zustehe und die der Ehefrau bestellte Hypothek unwirksam sei, und in die Löschung derselben zu willigen. Der erste Richter hat, dem Antrage des Beklagten entsprechend, die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat folgenden Eid vom Beklagten erhoben: „Ich schwöre: es ist nicht wahr, daß mir die verstorbene Ehefrau des Klägers vor oder bei der Ausstellung des Reverses vom 3. Oktober 1883 mitgetheilt hat, daß die mir darin zum Faustpfande bestellte Hypothek von 9000 M. nur zum Scheine auf ihren Namen geschrieben sei, dieselbe in Wahrheit ihrem Ehemanne gehöre" — und dann die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Der Kläger hat Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision war für begründet zu erachten.

Der Kläger will die zu Gunsten des Beklagten von seiner verstorbenen Ehefrau durch Verpfändung einer für sie als Gläubigerin eingetragenen Hypothek eingeräumten bezw. gegen dieselbe durch Pfändung der Hypothekenforderung für den Beklagten erworbenen Rechte nicht gelten lassen, weil die von seiner Ehefrau ohne seine Zustimmung erklärte Verpfändung der Hypothek nichtig, und weil in Wirklichkeit nicht seine Ehefrau, sondern er selbst der Gläubiger der Hypothekenforderung geworden, und dieses dem Beklagten bei dem Erwerb seines Pfandrechts an der Hypothek bekannt gewesen sei.

Das Berufungsgericht untersucht zunächst den ersten Grund und kommt, von dem unstreitigen Umstande ausgehend, daß die Verfügungsfähigkeit der Ehefrau des Klägers nach dem in der Mark Brandenburg geltenden ehelichen Güterrechte zu bemessen ist, zu dem Ergebnisse, daß die von der Ehefrau des Klägers allein vorgenommene Verpfändung nach diesem Rechte nicht schlechthin unwirksam, sondern nur durch das dem Kläger an dem Vermögen seiner Ehefrau zustehende Nießbrauchsrecht in ihrer vollen Wirksamkeit beeinträchtigt worden, daß aber durch den mit dem Tode seiner Ehefrau beendeten Nießbrauch des Klägers die Verpfändung vollwirksam geworden sei. Diese Entscheidung kann mit der Revision nicht angefochten werden, weil sie auf einem in der Mark Brandenburg

patent vom 5. Februar 1794 als „Vorschriften der bisherigen subsidiarischen Rechte" aufrecht erhalten ist (C.P.O. §§ 511, 525; Einf.Ges. dazu § 6; Kaiserl. Verordn. vom 28. September 1879 § 5. R.G.Bl. 299, vgl. auch Publikationspatent vom 5. Februar 1794 Nr. VII, Eccius in Gruchot's Beitr. Bd. 24 S. 20 ff.; Korn, das Güterrecht und Erbrecht der Eheleute nach dem Brandenburgischen Provinzialrechte S. 25—36; Urth. des R.G. vom 3. März 1887 in Sachen M. wider Rh. IV. 302/86).

Den anderen Grund beurtheilt das Berufungsgericht nach § 38 Abs. 2 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 und befindet demgemäß, der Anspruch des Klägers sei nur dann berechtigt, wenn dem Beklagten beim Erwerb des Pfandrechts an der streitigen Hypothek am 3. Oktober 1883 bekannt gewesen, daß die letztere in Wahrheit dem Kläger gebühre und nur zum Scheine auf den Namen der Ehefrau desselben geschrieben sei. Hierbei befindet sich das Berufungsgericht in Uebereinstimmung mit der Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe. Der § 38 Abs. 2 trifft nicht nur Bestimmungen über Einreden, welche dem Kläger aus einer Hypothek von dem eingetragenen Eigenthümer entgegengesetzt werden können, sondern handelt allgemein von Einreden gegen Hypotheken aus dem persönlichen Schuldverhältnisse, ohne zu unterscheiden, von wem diese erhoben werden. Auch ist hierbei die Parteirolle des Hypothekengläubigers bezw. desjenigen, welcher ein Recht von ihm oder gegen ihn auf die Hypothek erworben hat, und desjenigen, der das Recht desselben bestreitet, gleichgültig (vgl. Erk. des vorm. Ob.T. Entsch. Bd. 83 S. 70, Gruchot's Beitr. Bd. 23 S. 753; Urth. des R.G. Jur. Wochenschr. 1885 S. 338, Wallmann's Zeitschr. für preuß. Recht Bd. 1 S. 644). Der Abs. 2 des § 38 enthält nicht etwa eine besondere, lediglich das Verhältniß zwischen dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks und dem Erwerber eines Rechts auf die Hypothek regelnde Norm, sondern bringt den allgemeinen das ganze Grundbuchrecht beherrschenden Satz, daß die gegen Entgelt und im redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs erworbenen Rechte in Kraft bleiben (vgl. E.E.G. § 9 Abs. 2, 11, 49), auf die an Hypotheken erworbenen Rechte zur Anwendung. Zu denjenigen, welche im Sinne des § 38 Abs. 2 des E.E.G. ein Recht gegen Entgelt auf die Hypothek erworben haben, gehört nach der neueren konstanten Praxis des Reichsgerichts auch der Erwerber eines Pfandrechts an der Hypothek zur Sicherung

oder durch Pfändung erworben sein (vgl. Urth. des R.G., Entsch. Bd. 10 S. 251, Annalen Bd. 10 S. 188, Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 1105, Urth. vom 23. April 1887 in Sachen Renner ⁒ Fischer V. 367/86).

(Es folgt die Ausführung, daß der II. Richter die Beweisaufnahme nicht ausreichend gewürdigt habe.)

Der Berufungsrichter übersieht aber in seiner Ausführung ferner, daß derjenige, welcher bei gewöhnlicher Sorgfalt und Aufmerksamkeit von einer Thatsache hätte Kenntniß haben können und müssen, demjenigen gleichgeachtet wird, welcher von einer Thatsache wirklich Kenntniß gehabt hat, daß also die aus grobem Versehen verschuldete Unkenntniß die gleichen Folgen hat, wie die Kenntniß. Das Reichsgericht hat von diesem Satze, welcher überall im Allgemeinen Landrecht hervortritt (vgl. Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts Bd. 1 S. 242 ff.), bereits in dem Urtheile vom 25. April 1883 (Juristische Wochenschrift S. 204 Nr. 77) dahin Anwendung gemacht, daß derjenige, welchem die Mittel zu Gebote stehen, sich die richtige Kenntniß von einem ihm im Allgemeinen bekannt gewordenen Sachverhalt zu verschaffen, den Sachverhalt wider sich gelten lassen muß, wenn er jene Mittel unbenutzt ließ. Aus diesem Gesichtspunkte hat das Berufungsgericht die vom Kläger behauptete Sachlage nicht geprüft.

Nr. 130.

Steht dem Armenanwalt eine Beschwerde gegen die Auswahl zu, wenn die Gründe zu der Beschwerde erst nach der Beiordnung entstanden sind?

B. V. 23/87.

Rechts-A.O. vom 1. Juli 1878 § 36.

Beschluß.

In Sachen der unverehelichten R. zu Berlin, Klägerin,

wider

den Schlächtermeister L. daselbst, Beklagten,

hat das Reichsgericht, fünfter Civilsenat, in der Sitzung vom 30. März 1887 auf die weitere Beschwerde des Armenanwalts der Klägerin Rechtsanwalts Dr. R. zu Berlin vom 1./5. März 1887 gegen den Beschluß des Königl. preuß. Kammergerichts zu Berlin vom 14. Februar 1887 beschlossen:

wird aufgehoben, und die Sache zur anderweiten Entscheidung an das Königl. Kammergericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe:

Durch Beschluß des Königl. Landgerichts I. zu Berlin vom 15. April 1886 ist der Klägerin das Armenrecht bewilligt, und der Rechtsanwalt Dr. R. ihr als Armenanwalt zugeordnet. Derselbe hat auch das Mandat übernommen, die Klage eingereicht und die Klägerin bis zum 3. Februar 1887 vertreten. An diesem Tage ist ein Gesuch von ihm beim Königl. Landgericht eingegangen, in welchem er unter Beweisantritt behauptet, die Klägerin habe ihm erklärt, er nehme ihre Rechte nicht wahr und er sei ein gemeiner Lügner. Er führt aus, daß ihm unter diesen Umständen nicht zugemuthet werden könne, weiter als Rechtsbeistand der Klägerin zu fungiren, und bittet, ihn von dem Mandate zu entbinden und der Klägerin einen anderen Rechtsanwalt beizuordnen. Auf dies Gesuch ist vom Königl. Landgericht unter Mitwirkung des Vorsitzenden am 8. Februar 1887 beschlossen, den Antrag abzulehnen, weil es nicht gesetzlich zulässig sei, die aus dem behaupteten Verhalten der Klägerin sich ergebende Schwierigkeit ihrer Vertretung dem Rechtsanwalt Dr. R. abzunehmen, um einen anderen Sachwalter damit zu belasten. Ueber diesen Beschluß hat der Rechtsanwalt Dr. R. sich beim Königl. Kammergericht beschwert und dabei ausgeführt, daß bei Lage der Sache eine weitere Vertretung der Klägerin durch ihn sich mit der Würde seines Berufes nicht vereinigen lasse. Die Beschwerde ist jedoch vom Königl. Kammergericht durch Beschluß vom 14. Februar 1887 als unzulässig verworfen. Die Gründe besagen, daß nach der Rechtsanwaltsordnung dem einer Partei zugeordneten Rechtsanwalt eine Beschwerde nur gegen seine Auswahl gestattet sei, und daß sich ein Beschwerderecht auch nicht aus § 530 C.P.O. herleiten lasse, weil keiner der von diesem Gesetze besonders hervorgehobenen Fälle vorliege, und das zurückgewiesene Gesuch das Verfahren selbst nicht betreffe.

Die gegen diesen Beschluß vom Rechtsanwalt Dr. R. erhobene weitere Beschwerde muß für zulässig und für begründet erachtet werden.

Daß gegen den Beschluß, durch welchen einer Partei das Armenrecht bewilligt wird, kein Rechtsmittel stattfindet, sagt § 118 C.P.O.

das Reichsgericht bereits mehrfach ausgesprochen hat, keine Beschwerde über die Beiordnung zum Vertreter einer armen Partei zu. Er kann insbesondere seine Vertretung wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung nicht ablehnen (Vergl. Gruchot, Beitr. Bd. 28 S. 1134, Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 15 S. 340). Dagegen bestimmt § 36 der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878:

> Die Auswahl eines beizuordnenden Rechtsanwalts erfolgt durch den Vorsitzenden des Gerichts aus der Zahl der bei diesem zugelassenen Rechtsanwälte.
>
> Gegen die Verfügung steht der Partei und dem Rechtsanwalte die Beschwerde nach Maßgabe der Civilprozeßordnung zu.

Diese Vorschrift giebt also dem Rechtsanwalt eine Beschwerde in Betreff der Auswahl. Die Auswahl ist dem Vorsitzenden des Gerichts übertragen. Sie legt ihm die Pflicht auf, im gegebenen Falle alle für die Auswahl erheblichen Umstände zu prüfen und dabei insbesondere zu berücksichtigen, ob Gründe vorliegen, welche den auszuwählenden Anwalt an der Uebernahme des Mandates gesetzlich behindern, oder welche eine Uebertragung des Mandates an ihn als unzweckmäßig erscheinen lassen. Zu ersteren gehören die im § 31 der Rechtsanwaltsordnung speziell aufgeführten Gründe, aus welchen der Rechtsanwalt seine Berufsthätigkeit versagen muß. Die Motive zu § 36 der Rechtsanwaltsordnung (S. 65) sagen jedoch:

> Die Beschwerde des Rechtsanwalts soll keineswegs auf die Fälle beschränkt sein, in welchen er nach § 27 (jetzt § 31) verpflichtet ist, seine Berufsthätigkeit zu versagen: vielmehr soll es ihm unbenommen sein, auch andere Gründe der Zweckmäßigkeit oder Billigkeit geltend zu machen.

Dieser Ansicht der Motive in Betreff der Ausdehnung der Beschwerde hat sich auch schon das Reichsgericht in dem oben zitirten Beschlusse angeschlossen.

Die Thätigkeit des Vorsitzenden in Betreff der Auswahl wird aber nicht durch die einmalige Beiordnung des Anwalts erschöpft. Es können im Laufe des Verfahrens neue Umstände hervortreten, welche entweder einen gesetzlichen Ablehnungsgrund enthalten (vergl. die Motive zu § 31 der Rechtsanwaltsordnung S. 56), oder welche die Fortführung der Vertretung durch den anfänglich beigeordneten Anwalt unzweckmäßig oder unthunlich erscheinen lassen. Letzteres gilt namentlich von solchem Verhalten der Partei, welches den Rechts-

haltung des Mandates bedingten Verkehr mit der Partei fortzusetzen. Werden in dieser Beziehung von dem beigeordneten Rechtsanwalt Thatsachen behauptet, so ist es Pflicht des Vorsitzenden, sie zu prüfen, und darüber zu entscheiden, ob sie eine neue Auswahl unter Entbindung des bisherigen Vertreters von dem Mandate erforderlich machen. Gegen einen ablehnenden Beschluß des Vorsitzenden steht dem Rechtsanwalt nach § 36 a. a. O. die Beschwerde an das vorgesetzte Gericht zu.

Gegen dieses Gesetz verstößt der angefochtene Beschluß. Das Kammergericht verkennt, daß es sich hier nur um eine Beschwerde gegen die Auswahl des Rechtsanwalts handelt, für welchen Fall das Rechtsmittel ausdrücklich zugelassen ist. Der Beschluß vom 14. Februar 1887 muß mithin aus diesem Grunde aufgehoben werden. Einer Erörterung in Betreff des zweiten vom Königlichen Kammergericht angeführten Entscheidungsgrundes bedarf es nicht weiter.

Bei der nunmehr gebotenen Beurtheilung der Sache ist zu berücksichtigen, daß zu einer Entscheidung über den Antrag des Beschwerdeführers nur der Vorsitzende, nicht das Gericht befugt war. Es kann deshalb zweifelhaft erscheinen, ob der vom Königlichen Landgericht, also von einer nicht zuständigen Behörde erlassene Beschluß vom 8. Februar 1887 dem Rechtsanwalt Dr. R. überhaupt einen Grund zur Beschwerde gab, weil ihm frei stand, die Entscheidung des Vorsitzenden über seinen Antrag zu erbitten. Bei Lage der Akten ist jedoch angenommen, daß der Vorsitzende dem von ihm mit vollzogenen Beschlusse beigestimmt und ihn zu dem seinigen hat machen wollen. Bei dieser Annahme bedarf es auf die an sich zulässige Beschwerde einer sachlichen Prüfung und Feststellung der Behauptungen des Antragstellers durch das Beschwerdegericht. Diese Prüfung ist angeordnet worden.

Nr. 131.

Sofortige Beschwerde. Läuft die Frist zur Anfechtung verkündeter Beschlüsse von der Verkündung oder von der Zustellung?

C.P.O. § 540.

(V. Civilsenat B. 18/89.)

Beschluß.

In Sachen des Fleischermeisters B., Klägers, gegen den Mühlenbesitzer H., Beklagten,

27. Februar 1889 auf die Beschwerde des Klägers gegen den Beschluß des Preußischen Oberlandesgerichts zu Breslau vom 28. Januar d. J.

beschlossen:

die Beschwerde wird auf Kosten des Beschwerdeführers zurückgewiesen.

Begründung:

Mit Recht hat der angefochtene Beschluß den Beschluß des Landgerichts zu Gleiwitz vom 8. Januar d. J. aufgehoben, welcher die sofortige Beschwerde des Beklagten gegen den Beschluß des Amtsgerichts zu Zabrze vom 11. Dezember v. J. deshalb verworfen hatte, weil die im § 540 C.P.O. für die sofortige Beschwerde bestimmte Frist von zwei Wochen bei der Einlegung schon abgelaufen gewesen sei. Denn diese Entscheidung beruhte auf der unrichtigen Voraussetzung, die Frist laufe bei verkündeten Beschlüssen vom Tage der Verkündung und nicht vom Tage der Zustellung. Diese Ausführung des Landgerichts übersieht, daß im § 294 Absatz 2 C.P.O. bestimmt ist, es finde der § 283 das. entsprechende Anwendung, und daß dort wegen Zustellung verkündeter Beschlüsse an den Gegner auf die besonderen Vorschriften der C.P.O. hingewiesen wird, zu welchen auch die für die sofortige Beschwerde gegen verkündete und nicht verkündete Entscheidungen gegebene Vorschrift des § 540 das. gehört.

Auch die Bd. 3 S. der 375 Reichsgerichts-Entscheidungen in Civilsachen abgedruckte Entscheidung hat bereits befunden, daß abgesehen von den beiden im angezogenen § 540 gemachten Ausnahmen es im Uebrigen der Zustellung der Entscheidung bedürfe, um die Präklusion des Rechtsmittels der sofortigen Beschwerde zu ermöglichen. Die demnächst dort gemachte Unterscheidung zwischen verkündeten und nicht verkündeten Entscheidungen ist nur veranlaßt worden durch die zu entscheidende Frage, ob die in beiden Fällen gebotene Zustellung in Bezug auf nicht verkündete Beschlüsse nur von Amtswegen oder auch durch die Partei erfolgen dürfe.

Im vorliegenden Falle liegt die Sache umgekehrt. Der mit der sofortigen Beschwerde angegriffene Beschluß des Amtsgerichts war auf Grund mündlicher Verhandlung ergangen und verkündet worden. Dieser durfte nicht von Amtswegen und konnte nur auf Betreiben des Klägers an seinen Gegner, den Beklagten, zugestellt werden, weil

nicht verhandelte Beschlüsse angeordnet ist.

Nr. 132.

Restitutionsklage. Bezieht sich die Vorschrift des § 552 Abs. 2 C.P.O., wonach der Kläger die Thatsachen, welche die Anstellung der Klage vor Ablauf der Nothfrist ergeben, glaubhaft zu machen hat, nur auf die Einleitung des Verfahrens? und muß nach Verhandlung der Sache vor Erlaß des Urtheils der Ueberzeugungsbeweis erhoben werden?

(Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 20. März 1889 in Sachen K., Restitutionsbeklagter, wider Graf T. und Genossen, Restitutionskläger. V. 346/88.)

Die Revision des Beklagten wider das Urtheil des preuß. Oberlandesgerichts zu Breslau ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Sachverhalt ist in dem Urtheil des Reichsgerichts vom 5. Oktober 1887, durch welches die Revision der jetzigen Restitutionskläger zurückgewiesen wurde, mitgetheilt. — — — Die früheren Kläger haben jetzt innerhalb der im § 549 Absatz 2 C.P.O. gedachten fünfjährigen Frist die Restitutionsklage angestellt. Sie behaupten, daß sie zwei Urkunden aufgefunden haben, welche eine ihnen günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würden (§ 543 Nr. 7 b C.P.O.). Es sind dies:

a) eine Abschrift eines am 16. November 1859 aufgenommenen (zweiten) notariellen Vertrages zwischen ihrem Erblasser, Grafen Andreas von R., vertreten durch seinen Generaldirektor W., und dem Beklagten K. zur Erläuterung und Ergänzung des Tauschvertrages von demselben Tage. Der Inhalt desselben wird, soweit er interessirt, in dem angefochtenen Urtheil wörtlich mitgetheilt. Die Aechtheit der Abschrift ist anerkannt.

b) Eine zwischen dem gedachten Generaldirektor W. und dem Beklagten K. stattgehabte Berechnung vom 21. November 1859. Eine Erklärung über die Aechtheit dieser Urkunde ist nicht erfolgt.

Die Restitutionsklage entspricht den Erfordernissen des § 551 C.P.O. Die Restitutionskläger behaupten, der Amtsvorsteher C. habe beim zufälligen Durchblättern von Akten, welche die gräflich St.'sche Forstinspektion zu Eichhorst als für sie ohne Belang an die gräflich T. R.sche Verwaltung geschickt habe, die Urkunden aufgefunden, und sie ihnen am 15. März 1888 zugeschickt. Sie überreichen eine eidesstattliche Versicherung des C. über den Hergang und beziehen

10. April 1888 behändigt ist, so haben sie nach dieser Darstellung die Nothfrist des § 549 Abs. 1 C.P.O. eingehalten. Sie suchen ferner, gemäß § 545 daselbst, darzulegen, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stande waren, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen. Sie behaupten, daß sie zur Zeit der Errichtung des neu aufgefundenen Vertrages erst 15 bezüglich 14 Jahre alt waren, sich nicht im Hause ihres Erblassers, Grafen Andreas von R., befunden haben, und daß dieser bereits 1874, der Generaldirektor W. aber 1871 gestorben seien. Sie überreichen die betreffenden Tauf- und Todtenscheine. Ihr Antrag geht dahin, unter Aufhebung der drei ergangenen Urtheile nach ihrem Klageantrage zu erkennen.

Der Restitutionsbeklagte hat, abgesehen von den erwähnten Zugeständnissen, die in der Klage behaupteten Thatsachen bestritten. Er ist der Ansicht, daß die Restitutionskläger ein Verschulden treffe, weil C. erst nach Beendigung des Prozesses in ihrem Auftrage nach den jetzt produzirten Urkunden gesucht habe, und weil der zweite Vertrag vom 16. November 1859 bereits in der Berufungsschrift von ihm — 2c. K. — in Bezug genommen sei, die Kläger also dessen Edition hätten beantragen können. Er führt weiter aus, daß die beiden neuen Urkunden nicht geeignet wären, eine für die Kläger günstigere Entscheidung herbeizuführen. Schließlich wiederholt er die Eideszuschiebung über die Nebenabrede, von welcher der erste Richter die Entscheidung abhängig gemacht hat.

Seitens der Kläger sind die Behauptungen des Beklagten bestritten. Sie haben in dem Verhandlungstermine den 2c. C. behufs seiner Vernehmung als Zeuge gestellt. Die Vernehmung ist jedoch vom Berufungsrichter abgelehnt, und das Urtheil von ihm dahin erlassen, daß die Restitutionsklage gegen das Urtheil erster Instanz zurückgewiesen, dagegen die Urtheile der zweiten und dritten Instanz aufgehoben werden, und daß die Berufung des Berufungsklägers K. gegen das Urtheil erster Instanz zurückgewiesen ist. In den Entscheidungsgründen führt der Berufungsrichter aus, die Nothfrist von einem Monat (§ 549 Abs. 1 C.P.O.) sei eingehalten. Er nimmt an, daß es zufolge § 552 Abs. 2 C.P.O. nur einer Glaubhaftmachung bedürfe, daß die Restitutionskläger erst am 15. März 1888 Kenntniß von dem Vorhandensein der Urkunden erhalten haben; diese Glaubhaftmachung sei durch die eidesstattliche Versicherung des 2c. C.

stellung — 10. April 1888 — herrscht kein Streit.) Er stellt weiter fest, daß die Restitutionskläger kein Verschulden treffe, weil der Umstand, daß sie während der Dauer des Prozesses in dem gräflich St.'schen Archive keine Nachforschungen haben anstellen lassen, nicht als ein Mangel der erforderlichen Sorgfalt bezeichnet werden könne, und weil ihre Behauptung, daß sie die Bezugnahme des Beklagten auf den zweiten Vertrag für einen Schreibfehler im Datum gehalten haben, nach Lage der Sache glaubhaft erscheine. Er führt endlich aus, daß schon der anerkannte Nachtragsvertrag die Richtigkeit der klägerischen Auslegung des § 7 des Tauschvertrages vom 16. November 1859 beweise, weshalb es des Aechtheitsbeweises der Berechnung nicht bedürfe, vielmehr jetzt so, wie geschehen, habe erkannt werden müssen.

Ueber dieses Urtheil beschwert sich der Restitutionsbeklagte, 1. weil der Berufungsrichter zur Erfüllung der Bedingung des § 549 Abs. 1 C.P.O. es für ausreichend erachtet hat, daß die Behauptung der Kläger, sie hätten erst am 15. März 1888 Kenntniß von dem Vorhandensein der fraglichen Urkunden erlangt, nur glaubhaft gemacht werde. Er führt aus: da diese Thatsache bestritten sei, wäre der Berufungsrichter verpflichtet gewesen, Beweis über sie zu erheben; die Vorschrift des § 552 Abs. 2 C.P.O. beziehe sich nur auf die Einleitung des Restitutionsverfahrens und die dem Richter im Abs. 1 zur Pflicht gemachte Prüfung der Klage von Amtswegen; der Gesetzgeber könne nicht beabsichtigt haben, einer Partei den durch rechtskräftiges Urtheil erworbenen Anspruch ohne vollen Beweis der die Aufhebung desselben bedingenden Thatsachen zu nehmen.

Dieser Angriff läßt sich nicht als begründet anerkennen.

Die Civilprozeßordnung hat in einer langen Reihe von Fällen die Glaubhaftmachung von Thatsachen für ausreichend erklärt, um darauf hin prozessuale Folgen für die Parteien eintreten zu lassen. Beispielsweise genügt die Glaubhaftmachung eines Ablehnungsgrundes, um einem Richter die Befugniß zur Entscheidung der Sache zu entziehen (§ 44). Der Nebenintervenient wird zugelassen, wenn er sein Interesse glaubhaft macht (§ 68). Fristen werden verlängert oder verkürzt, sobald die Gründe dafür glaubhaft gemacht sind (§§ 202, 203), Editionsanträge zugelassen, wenn der Verpflichtungsgrund zur Vorlage einer Urkunde glaubhaft gemacht ist (§ 389 [5]), desgleichen

die Partei glaubhaft macht, daß sie außer Stande war, dieselben in erster Instanz vorzubringen (§§ 490, 491). Bei der Zwangsvollstreckung hängt die Einstellung des Verfahrens, die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urtheile, oder die Hinterlegung abgepfändeter Sachen in vielen Fällen von der Glaubhaftmachung der im Gesetze angegebenen Thatsachen ab (§§ 647, 650, 651, 688, 710). Im Arrestverfahren sind der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft zu machen. (§ 800). Der Ausführung des Beklagten, daß die Entziehung von Rechten, welche eine Partei durch das Verfahren erlangt hat, nur auf Grund des Ueberzeugungsbeweises in Betreff der relevanten Thatsachen stattfinden dürfe, widersprechen insbesondere die Vorschriften über Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §§ 208 ff. Auch hier wird nach §§ 214, 216 nur Glaubhaftmachung der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen erfordert, um der Partei ein bereits definitiv (z. B. durch Versäumung von Nothfristen) erworbenes Recht zu nehmen. Daß dies mit Absicht angeordnet ist, sagen die Motive (S. 214 zu § 256 des Entwurfs, jetzt § 266 C.P.O. mit den Worten:

„Einer Beweisaufnahme bedarf es nicht, wenn die Behauptung schon nach den Umständen des Falles als glaubhaft anzunehmen ist;“

und ferner (S. 174 zu §§ 206 bis 208 des Entwurfs, §§ 214 ff. C.P.O.):

„Das Requisit der Glaubhaftmachung der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen entspricht dem geltenden Rechte und den neueren Prozeßgesetzentwürfen, und dient zur Vereinfachung des Verfahrens.“

(Uebereinstimmend die Kommentare von Seuffert § 214 Note 1d, Struckmann-Koch a. a. O. Note 2; Gaupp Bd. I. S. 539. A. M. v. Wilmowski-Levy § 214 Note 4.)

Daß der Gesetzgeber von ähnlichen Grundsätzen im IV. Buch der Civilprozeßordnung, betreffend die Wiederaufnahme des Verfahrens, ausgegangen ist, dafür bietet zunächst schon die Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes einen Anhalt.

Der Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten für den Preußischen Staat vom Jahre 1864 enthielt im § 692 die Vorschrift, daß die Thatsachen, welche die Wahrung der Nothfrist bei Restitutionsklagen ergeben, bewiesen werden müssen. Die Motive (S. 176) rechtfertigen das mit der Erwägung, daß der Restitu-

tionskläger eine Begünstigung gegen die Strenge des Rechts beanspruche, also auch alle relevanten Thatsachen zu beweisen habe. Auf demselben Standpunkt stand der Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund aus dem Jahre 1870 im § 864. Dagegen lautete im Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung (bearbeitet im preußischen Justizministerium) vom Jahre 1871 der § 502 wörtlich so, wie § 552 der jetzt geltenden C.P.O., und zwar mit der Motivirung (S. 398):

> daß der Kläger bei der Restitutionsklage die Einhaltung der Nothfrist zu beweisen habe, ist nicht bedenklich, da deren Gewährung für ihn eine besondere Begünstigung ist. Doch kann ein strikter Beweis überhaupt nicht gefordert werden, wogegen ein sofortiges Glaubhaftmachen der Natur der Verhältnisse entspricht.

Auch der Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung vom Jahre 1872 stimmt im § 521 mit dem § 552 der geltenden Civilprozeßordnung überein. Die Motive (S. 448) haben jedoch nur den ersten Satz aus der Begründung des Entwurfs de 1871 aufgenommen. Dasselbe gilt von dem Entwurf, welcher dem Reichstage vorgelegt ist (§ 528 Motive S. 343).

Dieser Hergang ergiebt, daß mit dem Grundsatz des gemeinen Prozesses und vieler Partikularrechte, wonach die Glaubhaftmachung der Restitutionsgründe im Wesentlichen durch einen Kalumnieneid des Klägers erfolgte, gebrochen werden sollte. Man neigte anfänglich zu der strengeren Ansicht, daß die Begünstigung des Restitutionsklägers durch Zulassung der Anfechtung rechtskräftiger Urtheile den vollen Ueberzeugungsbeweis für die Bedingungen der Klage erfordere. Dieser Standpunkt wurde jedoch in dem Entwurf vom Jahre 1871 verlassen; derselbe unterscheidet zwischen „Beweisführung" und „Glaubhaftmachung", und erklärt letztere in den Motiven ausdrücklich für genügend. Der Text des § 502 dieses Entwurfs de 1871 ist unverändert in alle späteren Entwürfe übernommen. Wenn in letzteren die Motive eine nähere Begründung für die Zulassung des erleichterten Beweises nicht mehr geben, so ist dieselbe vermuthlich für entbehrlich erachtet werden.

Die hiernach anzunehmende Absicht des Gesetzgebers hat aber auch in den Bestimmungen der C.P.O. deutlichen Ausdruck gefunden. § 551 trifft (entsprechend den §§ 230, 121) die Vorschriften über Form und Inhalt der Nichtigkeits- und Restitutionsklage. Ferner

Urtheile gerichteten Klagen nicht dem Parteiwillen unterliegen soll, daß vielmehr das Gericht von Amtswegen zu prüfen hat, ob die Klage an sich statthaft, und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist erhoben sei. Diese Prüfung kann nur im Verhandlungstermine stattfinden. Für dieselbe schreibt Absatz 2 vor, daß die Thatsachen, welche die Erhebung der Klage vor Ablauf der Nothfrist ergeben, glaubhaft zu machen sind. Es läßt sich nicht annehmen, daß der Gesetzgeber beabsichtigt habe, die Verhandlung über die Klage noch von weiteren Erfordernissen abhängig zu machen, insbesondere den Richter zu verpflichten, bei bestrittenen Thatsachen stets den Ueberzeugungsbeweis voll zu erheben. Eine derartige, mit den Grundsätzen über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach §§ 214 und 216 nicht übereinstimmende Intention hätte sicher im Gesetze Ausdruck gefunden. Es ist deshalb anzunehmen, daß die Vorschrift des § 552 Abs. 2 sich nicht bloß auf die im Abs. 1 angeordnete Prüfung bezieht, sondern daß (wie Reincke Civilprozeßordnung § 552 S. 509 zutreffend sagt) die Thatsachen für die Wahrung der Nothfrist nur glaubhaft zu machen, also nicht zu beweisen sind. Andererseits ist nicht ausgeschlossen, daß der Richter einen von ihm für nothwendig erachteten Beweis aufnehmen kann, und daß er die Erheblichkeit des angetretenen Gegenbeweises prüfen muß. Ersteres hängt aber von seinem Ermessen ab, und letzteres steht hier nicht in Frage, da der Beklagte einen Gegenbeweis nicht angetreten hat. Seine Behauptung, die eidesstattliche Versicherung des C. ergebe nicht, ob die Kläger von der Auffindung der Urkunde schon vor dem 15. März 1888 mündlich in Kenntniß gesetzt seien, betrifft die in jetziger Instanz nicht nachzuprüfende Feststellung, daß die Angaben der Kläger glaubhaft gemacht sind. Die Beschwerde des Beklagten war aus diesen Gründen zu verwerfen. (Die weiteren Gründe interessiren nicht.)

Nr. 133.

Ist der gemäß C.P.O. § 609 dem Entmündigten behufs Anstellung der Aufhebungsklage als Vertreter beigeordnete Rechtsanwalt gesetzlicher Vertreter des Entmündigten im Sinne des § 50 C.P.O.? Bedarf es für die Vertretung in II. Instanz der Beiordnung eines andern Rechtsanwalts?

(VI. B. 62/88.)

Beschluß:

In Sachen des pensionirten Bankbeamten Carl Friedrich Sch. zu Leipzig, Klägers,

den Staatsanwalt, Beklagten,

hat das Reichsgericht, VI. Civilsenat, in der Sitzung vom 24. Mai 1888 auf die Beschwerde des Klägers gegen den Beschluß des Präsidenten des II. Civilsenats des Kgl. sächsischen Oberlandesgerichts vom 15. Mai 1888 beschlossen:

die Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen und dem Beschwerdeführer die Kosten derselben aufzuerlegen.

Gründe:

Carl Friedrich Sch. wurde im Jahre 1886 durch Beschluß des Amtsgerichts Leipzig wegen Geisteskrankheit entmündigt. Auf seinen Antrag ordnete ihm der Vorsitzende der ersten Civilkammer des Landgerichts Leipzig am 23. Dezember 1887 einen Rechtsanwalt als Vertreter bei zu Erhebung einer Klage auf Wiederaufhebung der Entmündigung. Die Klage ist angestellt, in dem landgerichtlichen Urtheile vom 13. April 1888 aber abgewiesen worden. Darauf hat Sch. am 8. Mai 1888 bei dem Oberlandesgerichte zu Dresden die Beiordnung eines Rechtsanwaltes als Vertreter für die von ihm einzulegende Berufung beantragt. Durch Beschluß des Präsidenten des zweiten Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 15. Mai 1888 ist der Antrag „wegen voraussichtlicher Erfolglosigkeit der Berufung" abgelehnt worden. Gegen diesen Beschluß hat ein bei dem Oberlandesgerichte zugelassener Rechtsanwalt im Namen Sch.'s am 18. Mai 1888 Beschwerde erhoben.

Der angefochtene Beschluß ist an sich zu billigen, nicht jedoch der zu dessen Rechtfertigung angeführte Grund, welcher auf der Annahme beruht, daß nach § 620 Abs. 3 C.P.O. die anderweite Beiordnung eines Vertreters für die Berufungsinstanz zulässig und nöthig sei. Dem steht aber Folgendes entgegen.

Der auf Grund des § 620 C.P.O. bestellte Vertreter ist ebenso wie der, welcher dem Entmündigten für die Klage auf Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses gemäß § 609 C.P.O. beigeordnet werden muß, der gesetzliche Vertreter des Entmündigten in dem anhängigen Rechtsstreite. Unter dem Ausdrucke „Vertreter" kann nur der „gesetzliche Vertreter" (§ 50 C.P.O.) verstanden werden. Derselbe nimmt eine ähnliche Stellung ein, wie der „besondere Vertreter", welchen der Vorsitzende des Prozeßgerichts in den Fällen des § 55 C.P.O. einer nicht prozeßfähigen Person zu bestellen hat.

sehen. Die Motive S. 374 bezeichnen den Kurator als „besonderen Vertreter“ und verweisen dabei auf Bd. II S. 2223 der norddeutschen Protokolle. Hier wird der für den Wiederaufhebungsprozeß „an Stelle des Vormundes“ zu bestellende Vertreter „curator ad hoc (Litiskurator)“ genannt. Schon die Gesetzesmaterialien deuten also an, welche Eigenschaft der beizuordnende Vertreter haben soll. Wäre indessen auch hierauf kein ausschlaggebendes Gewicht zu legen, so würde sich doch die gesetzliche Gleichstellung des in § 609 und 620 C.P.O. erwähnten Vertreters mit dem Litiskurator des § 55 C.P.O. aus § 47 Nr. 9 des Gerichtskostengesetzes ergeben.

Der nach § 609 und 620 C.P.O. beizuordnende Rechtsanwalt, welcher vor dem Prozeßgerichte, falls er daselbst zugelassen ist, ohne weitere Vollmacht auftreten kann (§ 74 Abs. 3 C.P.O.), ist nun jedenfalls befugt, zur Einlegung der Berufung einem bei dem Berufungsgerichte zugelassenen Rechtsanwalte Vollmacht zu ertheilen. Er hat eben an der Stelle des Entmündigten Alles zu besorgen, was dieser selbst verrichten könnte, wenn er prozeßfähig wäre. Zugleich ist er, wenigstens für die Wiederaufhebungsklage, die einzige Person, welche den Auftrag zur Einlegung und Verfolgung der Berufung geben darf. Denn sein Pflichtenkreis erstreckt sich auf den ganzen Rechtsstreit; namentlich umfaßt er das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz. In der Berufungsinstanz kann es darnach zur nochmaligen Beiordnung eines Vertreters überhaupt nicht kommen.

Außerdem beziehen sich die §§ 609 und 620 Abs. 3 C.P.O. auf „die Erhebung der Klage“, welche zum Zwecke der Anfechtung und der Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses angestrengt wird. Von der Beiordnung eines neuen Vertreters für die Rechtsmittelinstanzen spricht das Gesetz nicht. Im Gegentheile zeigt § 609 sehr klar, daß die Beiordnung des Vertreters lediglich dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts erster Instanz zusteht. Nach § 609 ist nämlich dem Entmündigten für die Anfechtungsklage unbedingt ein Vertreter beizuordnen, mithin ohne Vorprüfung der von dem Entmündigten beabsichtigten Rechtsverfolgung. Beträfe nun der § 609 auch die Berufungsinstanz, so wäre der Vorsitzende des Berufungsgerichts genöthigt, den Vertreter schlechterdings beizuordnen, auch wenn er die Erfolglosigkeit der Berufung sicher voraussähe. Eine solche Bestimmung kann der Gesetzgeber unmöglich getroffen haben. Bei der

ebenso wenig darf er die Beiordnung in dem Falle der Wiederaufhebungsklage vornehmen, für welchen § 620 Abs. 3 entsprechend Gleiches vorschreibt.

Der Antrag Sch.'s vom 8. Mai mußte sonach um deswillen abgeschlagen werden, weil er keinen Gegenstand und der Antragsteller zu dem Antrage keine Berechtigung hatte. Einen Bevollmächtigten für die Berufungsinstanz zu ernennen, stand vielmehr nur dem in erster Instanz bestellten Vertreter zu. Die erhobene Beschwerde war deshalb nicht zu beachten.

Nr. 134.

Ausstellung eines Zeugnisses, daß kein Rechtsmittel eingelegt ist. C.P.O. § 646 Abs. 2. Verpflichtung des Gerichtsschreibers des höheren Gerichts, bei Zustellung der Urtheile von Amtswegen — C.P.O. § 582 — den Tag der Zustellung aus den Akten festzustellen.

(IV. Civilsenat. B. 103/88.)

Beschluß.

In Sachen der verehelichten N. zu Breslau, Klägerin,

gegen

ihren Ehemann, zur Zeit unbekannten Aufenthalts, Beklagten,

hat das Reichsgericht, vierter Civilsenat, in der Sitzung vom 17. September 1888 auf die Beschwerde der Klägerin vom 30. August 1888 gegen den Beschluß des preußischen Oberlandesgerichts zu Breslau vom 23. August 1888 beschlossen:

Der vorgenannte Beschluß wird aufgehoben, und wird die erforderliche Anordnung dem preußischen Oberlandesgericht zu Breslau übertragen.

Gründe:

Nachdem das Landgericht zu Breslau durch das am 29. Juni 1888 verkündete Urtheil dem Antrage der Klägerin entsprechend die Ehe der Parteien getrennt und den Beklagten für den schuldigen Theil erklärt hatte, beantragte der Vertreter der Klägerin bei dem Gerichtsschreiber des Oberlandesgerichts zu Breslau, als des für die Berufung zuständigen Gerichts, die Ausstellung eines Zeugnisses gemäß Absatz 2 des § 646 C.P.O. dahin, daß bis zum Tage der Ausstellung des Zeugnisses ein Schriftsatz zur Terminsbestimmung

Zeugnisses ab, weil seitens der Klägerin der von ihr zu erbringende Nachweis der Zustellung des landgerichtlichen Urtheils an den Beklagten nicht geführt sei. Das Oberlandesgericht zu Breslau billigte durch Beschluß vom 23. August 1888 diese Ablehnung, weil dem Gerichtsschreiber nicht zugemuthet werden könne, zur Vermeidung zweckloser Zeugnisse die Akten von dem Gerichtsschreiber des Landgerichts einzuholen, um daraus die gehörig erfolgte, hier erforderliche öffentliche Zustellung an den Beklagten festzustellen, vielmehr der Nachweis dieser Zustellung der Klägerin obliege.

Diese Ausführung wird mit Recht in der Beschwerde angefochten.

Wenn auch die beantragende Partei in der Regel den Nachweis zu erbringen hat, daß die Zustellung des Urtheils an den Gegner gehörig erfolgt ist, da andernfalls der Gerichtsschreiber nicht bezeugen kann, daß *innerhalb* der Nothfrist ein Schriftsatz zum Zwecke der Terminsbestimmung nicht eingereicht sei; so kann doch diese Beweispflicht nicht so weit ausgedehnt werden, daß, wenn die Partei gar nicht in der Lage ist, die Zustellungsurkunden besitzen zu können, ihr Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses gemäß § 646 Abs. 2 C.P.O. fortfiele. Im vorliegenden Falle hat die Zustellung des Ehescheidungsurtheils gemäß § 582 C.P.O. von Amtswegen erfolgen müssen und zwar an den Beklagten, weil dessen Aufenthalt unbekannt war, durch öffentliche Bekanntmachung, § 186 daselbst. Nach § 17 der Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der Landgerichte vom 3. August 1879 werden die Schriften, welche die Stelle der Zustellungsurkunde vertreten (Aushänge und Beweisblätter), wenn die *öffentliche* Zustellung auf Parteigesuch bewilligt ist, der Partei übermittelt; *wenn sie von Amtswegen erfolgt, mit den Akten vorgelegt.* Die Klägerin war daher gar nicht in der Lage, die über die öffentliche von Amtswegen an den Beklagten erfolgte Urtheilszustellung sich verhaltenden Urkunden besitzen und dem Gerichtsschreiber des Oberlandesgerichts bei der Stellung des Antrags auf Ertheilung eines Zeugnisses nach Absatz 2 des § 646 vorlegen zu können. Der Gerichtsschreiber hatte vielmehr, wenn sein Zeugniß den Anfang der Nothfrist mitenthalten sollte, durch Einfordern der Akten des Landgerichts über die Zeit der Zustellung an den Beklagten sich zu unterrichten, oder, wenn die Bescheinigung des Anfangs der Nothfrist, wie im vorliegenden Falle, von der Partei gar nicht verlangt war, sein Zeugniß dahin zu ertheilen, daß seit dem Tage des

bestimmung nicht eingereicht sei. Ein solches Zeugniß war um so unbedenklicher zu ertheilen, da es für den Gerichtsschreiber des Landgerichts, welcher sich im Besitze der die amtliche öffentliche Zustellung beweisenden Urkunden befindet, eine vollkommen ausreichende Grundlage für die Ertheilung des Zeugnisses der Rechtskraft nach Absatz 1 des § 646 C.P.O. bildet.

Nr. 135.

C.P.O. § 661 Nr. 5. Ist die Gegenseitigkeit für verbürgt zu erachten, wenn sie in einem auswärtigen Staate (Ungarn) zwar gesetzlich besteht, aber thatsächlich nicht geübt wird?

(Urtheil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 7. April 1888 in Sachen S., Klägers, wider H. u. Ko., Beklagten. VI. 31/88.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden ist zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger beruft sich zum Nachweis dafür, daß in Ungarn die Gegenseitigkeit im Sinne der C.P.O. § 661 verbürgt sei, auf das Ungarische Gesetz über das Zwangsvollstreckungsverfahren vom 1. Juni 1881. Der Berufungsrichter erwägt zunächst: das bloße Bestehen dieses Gesetzes genüge nicht „zur Verbürgung der Gegenseitigkeit"; zwar sei zunächst davon auszugehen, daß das Gesetz befolgt werde; sei dies aber aus irgend einem Grunde nicht der Fall, so biete das Gesetz allein keine Gewähr dafür, daß, worauf es ankomme, deutsche Urtheile in Ungarn ohne Prüfung ihrer Gesetzmäßigkeit vollstreckt werden; es sei nicht ausnahmslose Befolgung des Gesetzes zu erfordern, wohl aber daran festzuhalten, daß das Gesetz wenigstens in der Regel angewendet, also nicht von der Mehrzahl der Gerichte seines Landes in einer die Ausländer beschränkenden Weise unrichtig verstanden oder gänzlich außer Acht gelassen werde. Diese Erwägung erscheint zutreffend; § 661 setzt voraus, daß die Gegenseitigkeit thatsächlich verbürgt sei.

Auf Grund des vorliegenden Beweismaterials, insbesondere der in dem Schreiben vom 20. September 1887 enthaltenen Aeußerung des Ungarischen Justizministeriums in Verbindung mit der von dem Reichsjustizamt am 15. März 1887 ertheilten Auskunft, erachtet nun

deutscher Urtheile in Ungarn selbst dann, wenn die Erfordernisse des Gesetzes vom 1. Juni 1881 erfüllt sind, nicht vollstreckt werden, daß also trotz Bestehens dieses Gesetzes die Gegenseitigkeit in der That nicht verbürgt ist. Diese Beweiswürdigung entzieht sich einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz. Wenn sodann der Berufungsrichter annimmt, es sei hiernach der auf das Bestehen des Gesetzes vom 1. Juni 1881 gestützte Nachweis verbürgter Gegenseitigkeit auf das Erheblichste erschüttert, und eben deshalb diesen Nachweis nicht für erbracht erachtet, so ist hierin eine Gesetzesverletzung nicht zu erblicken.

Nr. 136.

Kann die im § 667 C.P.O. gedachte Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel an einen Rechtsnachfolger auch als Widerklage angestellt werden?

(Urtheil des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 5. Juli 1888 in Sachen Sch., Klägers, wider P., Beklagten. IV. 121/88.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preußischen Kammergerichts ist zurückgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Es waren folgende Punkte ins Auge zu fassen:

1. Die Frage der Zulässigkeit der Widerklage.

Beide Vorderrichter haben die Frage bejaht; der Berufungsrichter eignet sich die Ausführung des Richters erster Instanz an, und letztere läßt eine Gesetzesverletzung nicht erkennen.

Der § 667 C.P.O. bestimmt zwar:

daß, wenn der Nachweis der Rechtsnachfolge durch öffentliche Urkunden nicht geführt werden kann, der Kläger auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben hat. Mit Recht nehmen aber die Vorderrichter an, daß dies die Geltendmachung der Rechtsnachfolge im Wege der Widerklage nicht ausschließt.

Die C.P.O. schließt die Verfolgung eines Anspruchs im Wege der Widerklage nur im Urkunden- und Wechsel-Prozesse aus (§ 558); der Grund ist ein singulärer, nämlich nach den Motiven (S. 350; Hahn, Materialien S. 391), weil sie die nothwendig zu erhaltende Einfachheit des Verfahrens stören würde. Die Fälle der §§ 575, 587 Absatz 2, welche der erste Richter als fernere Ausnahmen ansieht, behandeln für die Frage, was Gegenstand der Klage und der

Widerklage sein kann, die Widerklage der Klage ganz gleich; sie dehnen nur das Verbot der Verbindung einer andern Klage mit der Ehescheidungs-, Ungültigkeits- und Nichtigkeitsklage auf eine Widerklage anderer Art aus. Dieselben lassen die Regel:

daß jeder durch Klage verfolgbare Anspruch auch im Wege der Widerklage geltend gemacht werden kann,

deutlich erkennen. Aehnlich verhält es sich mit der für das Entmündigungsverfahren gegebenen Bestimmung des § 608 (624, 626), wodurch die Verbindung der Widerklage mit der die Entmündigung anfechtenden Klage nur in derselben Weise, wie eine andere Klage ausgeschlossen ist.

Speziell für den hier vorliegenden Fall des § 667 hat aber der erste Richter zutreffend aus den Motiven (S. 405; Hahn, Materialien S. 435) dargelegt, daß der Gesetzgeber mit den Worten: „Klage zu erheben" nicht die Absicht verbunden hat, den Weg der Widerklage zu verschließen.

Die vorliegende Klage ist die Klage des § 687 C.P.O.; sie bestreitet die bei Ertheilung der Vollstreckungsklausel als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge; die vorliegende Widerklage ist die Klage des § 667, sie macht solche Rechtsnachfolge geltend. Beide stehen, wie aus ihren angegebenen Klagegründen ohne Weiteres erhellt, im engsten rechtlichen Zusammenhange; beide waren nach §§ 686, 667 beim Prozeßgericht erster Instanz zu erheben und sind thatsächlich bei demselben erhoben. Es liegen daher die Voraussetzungen vor, unter welchen nach § 33 eine Widerklage erhoben werden kann.

Die Rüge der Verletzung der §§ 33, 667 C.P.O., welche darauf gestützt wird, daß die Widerklage in ihrer jetzigen Gestalt erst erhoben ist, nachdem über die Klage bereits rechtskräftig erkannt ist, kann als zutreffend nicht erachtet werden.

Nr. 137.

Haftet der Arrestkläger, wenn der Arrest als ungerechtfertigt wieder aufgehoben ist, auch ohne den Nachweis eines Verschuldens für diejenigen Kosten, welche durch die Vollziehung des Arrestes entstanden sind? Analoge Anwendung auf einstweilige Verfügungen.

C.P.O. §§ 810, 697 Abs. 2.

(Urtheil des Reichsgerichts (I. Civilsenat) vom 27. Oktober 1888 in Sachen der Firma Gebrüder K. u. Genossen, Kläger, wider Mitinhaber der geb. Firma, Beklagte. I. 226/88.)

Oberlandesgerichts zu Naumburg aufgehoben, und die Sache in die zweite Instanz zurückverwiesen.

Thatbestand:

Die Beklagten, welche gemeinschaftlich mit dem Kläger zu 2, Paul K., Inhaber der Firma Gebrüder K., sind, haben gegen denselben als Disponenten dieser Firma eine einstweilige Verfügung des Landgerichts zu Naumburg a. S. vom 10. März 1887 erwirkt, durch welche dem Paul K. untersagt wurde, über das Eigenthum der Firma Gebrüder K. weiter zu verfügen, und der Kaufmann August S. an seiner Stelle mit der Geschäftsführung beauftragt worden ist. Diese einstweilige Verfügung ist demnächst durch rechtskräftiges Urtheil des Landgerichts zu Naumburg a. S. vom 19. November 1887 wieder aufgehoben worden, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten des Verfahrens.

Die Kläger, welche behaupten, daß der frühere Prozeß nur zwischen den Gebrüdern K. geschwebt habe, die Firma als solche aber an demselben gar nicht betheiligt gewesen sei, beanspruchen gegenwärtig die Rückerstattung derjenigen Beträge, die nach ihrer Angabe der gerichtlich bestellte Geschäftsführer S. auf Geheiß und mit Genehmigung der Beklagten aus der Gesellschaftskasse entnommen hat. Sie haben demgemäß beantragt, die Beklagten als Solidarschuldner zur Zahlung von 2680 M. nebst den im Thatbestand des landgerichtlichen Urtheils angegebenen Zinsenbeträgen zu verurtheilen.

Das Landgericht zu Naumburg a. S. hat durch Urtheil vom 7. April 1888 auf Abweisung der Klage erkannt. Es ist erwogen, daß der Anspruch der Kläger gemäß Art. 95 H.G.B. nur dann berechtigt sein würde, wenn die Anweisung an S. zur Entnahme des Honorars aus der Gesellschaftskasse als eine unbefugte Handlung anzusehen wäre. Thatsachen, aus denen dies zu schließen, seien aber nicht beigebracht, vielmehr sei nach Lage der Sache eher das Gegentheil anzunehmen. Auch unter dem Gesichtspunkt einer Forderung auf Ersatz des durch die demnächst für ungerechtfertigt erklärte einstweilige Verfügung verursachten Schadens sei der Klageanspruch nicht substanzirt, da für das Vorliegen eines in dieser Hinsicht nothwendigen Erfordernisses, des bösen Vorsatzes oder schuldbaren Versehens auf Seite der Beklagten, nichts behauptet worden sei.

Kläger haben gegen dieses Urtheil Berufung verfolgt. Sie haben in der Berufungsinstanz die Behauptung aufgestellt, daß die Beklagten behufs Erlangung der einstweiligen Verfügung vorsätzlich und wider besseres Wissen falsche Angaben gemacht, namentlich den Kläger unwahrer Weise einer Unterschlagung von Steinen und von Geldern der Sozietät sowie eines Mißbrauchs des Vermögens der Gesellschaft zu seinen Privatzwecken beschuldigt hätten. Sie behaupten ferner neuerdings, daß die Beklagten dem S. Auftrag zur Entnahme der Gelder aus der Gesellschaftskasse ertheilt haben, und haben geltend gemacht, daß die Geschäftsführung des S. nicht vortheilhaft für die Gesellschaft gewesen sei. Die Beklagten haben unter Bestreitung der neuen gegnerischen Behauptungen um Verwerfung der Berufung gebeten.

Das Oberlandesgericht zu Naumburg a. S. hat durch das oben bezeichnete Urtheil dem Antrag der Beklagten entsprochen. Der Berufungsrichter billigt die Gründe des landgerichtlichen Urtheils. In Ergänzung derselben ist ausgeführt, daß, da die gerichtlich angeordnete Thätigkeit des p. S. sich auf die Geschäfte der Handelsgesellschaft bezogen habe, es zunächst auch gerechtfertigt erscheine, daß die an S. gezahlten Beträge aus der Gesellschaftskasse entnommen seien, insofern sie eine Schuld der Gesellschaft an S. gebildet hätten. Hieran ändere nichts der Umstand, daß die einstweilige Verfügung später unter Belastung der Beklagten mit den Kosten des Verfahrens wieder aufgehoben worden sei. Zu den Kosten des Verfahrens seien die hier fraglichen Aufwendungen der Beklagten nicht zu rechnen. Der Gesichtspunkt der Kostenerstattungspflicht treffe daher nicht zu, noch lasse sich sagen, daß das Gezahlte nachträglich als eine Kostenschuld der Beklagten festgestellt worden sei. Mit dem erstinstanzlichen Urtheil nimmt der Berufungsrichter ferner an, daß eine Legalobligation der Beklagten zum Ersatz des durch die einstweilige Verfügung verursachten Schadens nicht anzuerkennen sei, daß es vielmehr hierzu des Nachweises eines Verschuldens bedürfe. Auf ein derartiges Verschulden aber sei die Klage nicht gegründet. Den in dieser Richtung in der Berufungsinstanz aufgestellten neuen Behauptungen wird die Beachtung versagt, weil in denselben eine nach § 489 C.P.O. unstatthafte Klageänderung enthalten sei.

Entscheidungsgründe:

Der erste Angriff der Revision, der sich gegen die Ausführung des Berufungsurtheils richtet, daß die dem S. aus seiner Geschäfts-

zu betrachten sind, ist nicht berechtigt. Zutreffend wird in dem Berufungsurtheil hervorgehoben, daß das Landgericht zu Naumburg bei Erlassung der einstweiligen Verfügung, durch welche der S. an Stelle des Klägers zu 2, mit der Geschäftsführung für die offene Handelsgesellschaft beauftragt wurde, von einer ihm gesetzlich zustehenden Befugniß Gebrauch gemacht hat (Art. 101 H.G.B.; §§ 816 ff. C.P.O.). Die einstweilige Verfügung bezweckte, wenngleich sie von den Beklagten veranlaßt worden ist, nicht bloß dem Interesse der letzteren, sondern dem Interesse der Gesellschaft Schutz zu gewähren. Der dem S. vom Gericht ertheilte Auftrag hatte mithin in Bezug auf das Rechtsverhältniß desselben zur Gesellschaft dieselbe Bedeutung, wie wenn er unmittelbar von der Firma Gebrüder K. ausgegangen wäre.

Begründet ist dagegen, falls der Klagevortrag thatsächlich richtig ist, die zweite Rüge der Revisionskläger, daß die Beklagten für die von S. aus der Gesellschaftskasse entnommenen Beträge deswegen haften, weil dieselben zu den durch die Ausführung der einstweiligen Verfügung entstandenen Kosten gehören. Die Revision beruft sich in dieser Hinsicht mit Recht auf das Bd. 7 S. 376 f. der reichsgerichtlichen Entscheidungen in Civilsachen veröffentlichte diesseitige Urtheil. In demselben ist ausgeführt, daß, wenn ein Arrest als ungerechtfertigt wieder aufgehoben ist, der in die Kosten verurtheilte Arrestkläger auch ohne den Nachweis eines Verschuldens für diejenigen Kosten haftet, welche durch die Vollziehung des Arrestes entstanden sind. Entsprechend können im vorliegenden Fall die Beklagten, auch wenn ihnen kein schuldbares Verhalten in Herbeiführung der einstweiligen Verfügung nachgewiesen wird, auf Grund ihrer im Vorprozeß ausgesprochenen Verurtheilung in die Kosten des Verfahrens, auf Erstattung der Kosten in Anspruch genommen werden, welche durch die Vollziehung der von ihnen erwirkten einstweiligen Verfügung entstanden sind.

Wäre bei Erlaß der einstweiligen Verfügung dem p. S. gerichtsseitig ein bestimmtes Honorar für seine Geschäftsführung zugebilligt worden, so würde dieser Betrag als ein Bestandtheil der hierher gehörigen Kosten zu betrachten sein. In Ermangelung einer derartigen Bestimmung muß das Gleiche gelten von dem Honorar, welches der S. gemäß Art. 290 Absatz 1 H.G.B. billiger Weise als Entschädigung für seine Thätigkeit zu fordern hatte. Haben die

Beklagten, wie klägerischerseits behauptet ist, dem S. Anweisung oder Genehmigung zur Entnahme der Honorarbeträge aus der Gesellschaftskasse ertheilt, so haben sie damit zu erkennen gegeben, daß sie die entnommenen Beträge als ein dem S. für seine Geschäftsführung gebührendes Honorar betrachten. Nach Vorstehendem liegt hierin zugleich das Anerkenntniß, daß diese Beträge zu den durch die Ausführung der einstweiligen Verfügung entstandenen Kosten gehören. Dieses Anerkenntniß müssen die Beklagten im gegenwärtigen Prozeß gegen sich gelten lassen.

Mit Recht beschweren sich ferner die Kläger auch über die Nichtberücksichtigung ihrer in der Berufungsinstanz neu aufgestellten Behauptungen, durch welche dargethan werden soll, daß die Beklagten die einstweilige Verfügung doloser Weise mittelst wissentlich falscher Angaben veranlaßt haben. Diese Behauptungen enthalten nicht, wie der Berufungsrichter annimmt, eine Aenderung des Klagegrundes, sondern nur eine Ergänzung der Substanziirung des Klageanspruchs für den Fall, daß bei der Beurtheilung desselben der Gesichtspunkt des Schadensersatzes in Frage kommen sollte.

Hiernach mußte die Aufhebung des angefochtenen Urtheils erfolgen.

Nr. 138.

Kann eine Ehefrau in dem von ihrem Manne gegen sie angestellten Prozesse durch einstweilige Verfügung ermächtigt werden, zur Deckung der Prozeßkosten ein von ihr eingebrachtes Grundstück ohne Konsens ihres Mannes zu verpfänden?

A.L.R. II. 1 §§ 187, 726. C.P.O. § 817 (IV. 107/86).

Beschluß:

In Sachen der verehelichten Tischler K., Beklagten,

wider

ihren Ehemann, Kläger,

hat das Reichsgericht, vierter Civilsenat, in der Sitzung vom 25. October 1886 auf die Namens der Beklagten eingelegte Beschwerde gegen den Beschluß des preuß. Kammergerichts zu Berlin vom 21. September 1886 beschlossen:

der gedachte Beschluß wird aufgehoben und die anderweite Entscheidung über den Antrag der Beklagten auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung vom 13. September dieses Jahres sowie über die Kosten dieses Verfahrens dem preuß. Kammergerichte übertragen.

Antrag der Beklagten, sie im Wege der einstweiligen Verfügung zu ermächtigen, zum Zweck der Bestreitung der Kosten des vorliegenden, von ihrem Ehemanne gegen sie angestrengten Prozesses ein Darlehn von 600 M. unter Verpfändung eines von ihr in die Ehe gebrachten Grundstücks ohne den — an sich erforderlichen — Konsens ihres Ehemannes aufzunehmen, aus dem alleinigen Grunde abgewiesen, daß ein Rechtsgrund, aus welchem der Kläger zur Duldung dieser Verpfändung verpflichtet sein könnte, nicht dargethan sei. Dieser Entscheidungsgrund kann als stichhaltig nicht anerkannt werden. Nach § 187 A.L.R. II. 1 gehören zu dem von dem Ehemanne seiner Frau zu gewährenden Unterhalte auch die sie betreffenden Prozeßkosten und aus § 726 daselbst ergiebt sich, daß er, wenn er selbst gegen seine Frau prozessirt, ihr die Kosten des Prozesses aus ihrem Eingebrachten mindestens vorschußweise zur Verfügung stellen muß, da in dieser letztgedachten Vorschrift nicht eine nur für Ehescheidungsprozesse geltende Singularität, sondern ein Ausfluß des im § 187 a. a. O. ausgesprochenen Grundsatzes zu finden ist, dessen Anwendbarkeit sicherlich in den Fällen nicht bezweifelt werden kann, wo die Frau durch den Ehemann selbst zur Prozeßführung genöthigt ist. —

Im Weiteren unterliegt es keinem Bedenken, daß der Ehemann im Lauf eines gegen seine Frau angestrengten Prozesses zur Erfüllung dieser Verpflichtung in Gemäßheit des § 819 C.P.O. im Wege einer vom Prozeßgericht zu erlassenden einstweiligen Verfügung angehalten werden kann (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. V. S. 415 ff.).

Wenn es nun aber, wie die Beklagte behauptet, in Wahrheit beruht, daß ihr Ehemann mittellos ist, sie selbst anderes Vermögen, als das in ihrer Verwaltung befindliche, von ihr in die Ehe gebrachte Grundstück nicht besitzt, und dessen Revenuen zur Bestreitung der auf 600 M. bezifferten Prozeßkosten nicht ausreichen, so erscheint es nicht unstatthaft, daß dieselbe unmittelbar in den Stand gesetzt wird, sich auf dem von ihr bezeichneten Wege aus ihrem Eingebrachten die erforderlichen Mittel zu verschaffen. Denn das Interesse des Klägers, welcher nöthigenfalls durch Zwangsvollstreckung zur Bereitstellung eben dieser Mittel angehalten werden könnte, wird nicht geschädigt, wenn der nämliche Erfolg durch die Beklagte selbst auf dem einfachsten, der Lage der Sache entsprechenden Wege erreicht wird, und nach

welche Anordnungen zur Erreichung des Zwecks erforderlich sind. — Hiernach war der angefochtene Beschluß aufzuheben.

Da indeß über die thatsächlichen Anführungen der Beklagten der Kläger noch gar nicht gehört ist und die Erörterung hierüber füglich nur in einer mündlichen Verhandlung wird erfolgen können (§ 816 Absatz 2 C.P.O.), so erschien es angemessen, die weitere Entscheidung gemäß § 538 C.P.O. dem Berufungsgerichte zu übertragen.

Nr. 139.*)

Rechtfertigt schon die Möglichkeit eines durch Verletzung des Patentrechts entstehenden Nachtheils den Erlaß einer einstweiligen Verfügung zum Schutze des Berechtigten? Oder bedarf es der Glaubhaftmachung, daß der Verletzende sich in bösem Glauben befindet, und daß der Erlaß der Verfügung nothwendig ist, um dem Patentinhaber den Beweis seines Schadensanspruchs zu sichern?

C.P.O. § 819. Pat.Ges. § 34.

(Urtheil des Reichsgerichts (I. Civilsenat) vom 22. Januar 1887 in Sachen R., Klägers, wider W., Beklagten. I. 389/86.)

Die Revision des Klägers wider das Urtheil des preuß. Kammergerichts ist zurückgewiesen.

Thatbestand:

Dem Kläger steht das Reichspatent Nr. 3789 auf „feuerfesten Deckenputz unter hölzernen Balken" und ein ihm hierzu ertheiltes Zusatzpatent Nr. 4590 auf „feuerfeste, sich selbsttragende Zwischenwände" zu. Nach seiner Behauptung hat der Beklagte durch Herstellung von Wänden, bei welchen Drahtgeflecht als Träger des Putzes verwendet ist, in mehreren in Berlin aufgeführten Bauten diese Patente verletzt. Kläger hat deshalb Klage erhoben, vorab jedoch eine einstweilige Verfügung beantragt, indem er sich zur Glaubhaftmachung seiner Behauptung, daß der Beklagte in ungerechtfertigter und gesetzwidriger Weise das klägerische Patentrecht verletze und dadurch ein täglich wachsender Schade für den Kläger entspringe, auf zwei schriftliche Gutachten Sachverständiger bezieht, nach welchen die in dem Neubau, Ecke der F.- und K.-Straße, hergestellten Scheidewände, welche unstreitig vom Beklagten aufgeführt sind, eine solche Patentverletzung bilden. Zugleich hat Kläger sich auf ein Beiblatt der Baugewerks-

---

*) Vgl. den Aufsatz von Bolze Bd. 33 S. 9 der Beiträge.

zur Herstellung solcher Wände erbieten.

Der Beklagte, welcher Inhaber des Patents Monier Nr. 14673 ist, hat Abweisung des klägerischen Antrages beantragt, unter Berufung darauf, daß die von ihm hergestellten Wände nach diesem Patente konstruirt seien, und zur Glaubhaftmachung seines Bestreitens jeder Verletzung der klägerischen Patente auf den Inhalt der Patentschrift Nr. 14673 Bezug nehmend.

Die erste Instanz hat die klägerische Behauptung für glaubhaft gemacht erachtet und mittelst Urtheils vom 12. August 1886 durch einstweilige Verfügung angeordnet:

daß dem Provokaten zur Vermeidung einer fiskalischen Strafe von 500 M. für jeden Uebertretungsfall die gewerbsmäßige Herstellung von solchen Decken und Wänden, bei welchen ein Metallgerippe, Drahtgewebe oder Drahtgeflecht als Putzträger zur Verwendung gelangt, untersagt wird, falls und sobald Provokant in Höhe von 5000 M. Sicherheit geleistet hat.

Die ihm auferlegte Sicherheit hat Kläger bestellt. Ein Antrag des Beklagten auf Aufhebung dieser Verfügung vom 14. August 1886 ist durch Urtheil desselben Gerichts vom 25. August 1886 zurückgewiesen.

Gegen beide Urtheile hat der Beklagte unter Beibringung verschiedener Gegengutachten Berufung eingelegt, während Kläger auch seinerseits noch zwei weitere Gutachten für seine Behauptung vorlegte.

Das Kammergericht zu Berlin hat durch Urtheil vom 23. Oktober 1886 die erstinstanzlichen Urtheile dahin abgeändert, daß es

1. die einstweilige Verfügung vom 12. August 1886 aufhob, und
2. den Antrag des Beklagten vom 14. August 1886 für erledigt erklärte.

Gegen dieses, zugleich für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil hat Kläger die Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht geht zunächst ganz richtig davon aus, daß, wenn schon die Berufung gegen das Urtheil vom 12. August 1886 zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung führt, der Antrag des Beklagten vom 14. August und das darauf ergangene Urtheil vom 25. August 1886 sich von selbst erledigen.

Hinsichtlich der Berufung des Beklagten gegen das Urtheil vom 12. August 1886 nimmt das Berufungsgericht sodann an, daß es zwar an den Voraussetzungen der C.P.O. für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung überhaupt nicht fehle, daß aber die dagegen vom Beklagten vorgebrachten materiellen Einwendungen begründet seien. Es stellt zunächst fest, daß die erlassene einstweilige Verfügung jedenfalls über das zu schützende klägerische Patentrecht, welches sich nur auf die Herstellung von Decken=Putz und von Zwischen=Wänden in Gebäuden, bei denen ein ausgespanntes Drahtgewebe resp. Drahtgeflecht als Putzträger dient, beziehe, weit hinausgehe, so daß dieselbe höchstens mit einer dem Inhalte der klägerischen Patente entsprechenden Beschränkung würde aufrecht erhalten werden können, erachtet sodann aber die Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung überhaupt nicht für gerechtfertigt. Begründet wird dies durch die Ausführung, daß die Konstruktion der Zwischenwände in den beiden in Betracht kommenden Neubauten thatsächlich zwischen den Parteien nicht mehr streitig sei, und es sich mithin nur noch frage, ob diese Konstruktion als eine Verletzung des klägerischen Patentrechts zu erachten sei. Nach Würdigung der desfallsigen gegentheiligen Parteibehauptungen und der sich widersprechenden für dieselben beigebrachten Sachverständigen=Gutachten gelangt das Berufungsgericht sodann zu dem Ergebnisse, daß die klägerischerseits dem Beklagten zur Last gelegte Patentverletzung nicht als glaubhaft gemacht angesehen werden könne und deshalb die Aufhebung der einstweiligen, nur auf Grund angeblicher Patentverletzung erlassenen Verfügung erfolgen müsse.

Mit Recht macht nun der Kläger in seiner Revisionsbegründung geltend, daß das Berufungsgericht hierbei die §§ 801 Abs. 2 und 815 C.P.O. verletzt habe. Denn hiernach wäre das Berufungsgericht prozessualisch befugt gewesen, die einstweilige Verfügung auch ohne eine solche Glaubhaftmachung gegen die vom Kläger bereits geleistete oder eine ihm aufzuerlegende höhere Sicherheitsbestellung aufrecht zu erhalten, ohne daß es in letzterer Beziehung eines freiwilligen Erbietens des Klägers bedurfte. Vergleiche Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 12 S. 364 ff. Ob dies zu geschehen habe, stand zwar vollständig in dem freien Ermessen des Berufungsgerichts 2, und die Entscheidung desselben würde daher nicht revisibel sein, wenn es von diesem Ermessen Gebrauch gemacht hätte. Aus den Gründen des angefochtenen Urtheils ergiebt sich aber

offenbar nicht bewußt gewesen ist und deshalb den hier fraglichen Gesichtspunkt gar nicht in *Erwägung gezogen* hat.

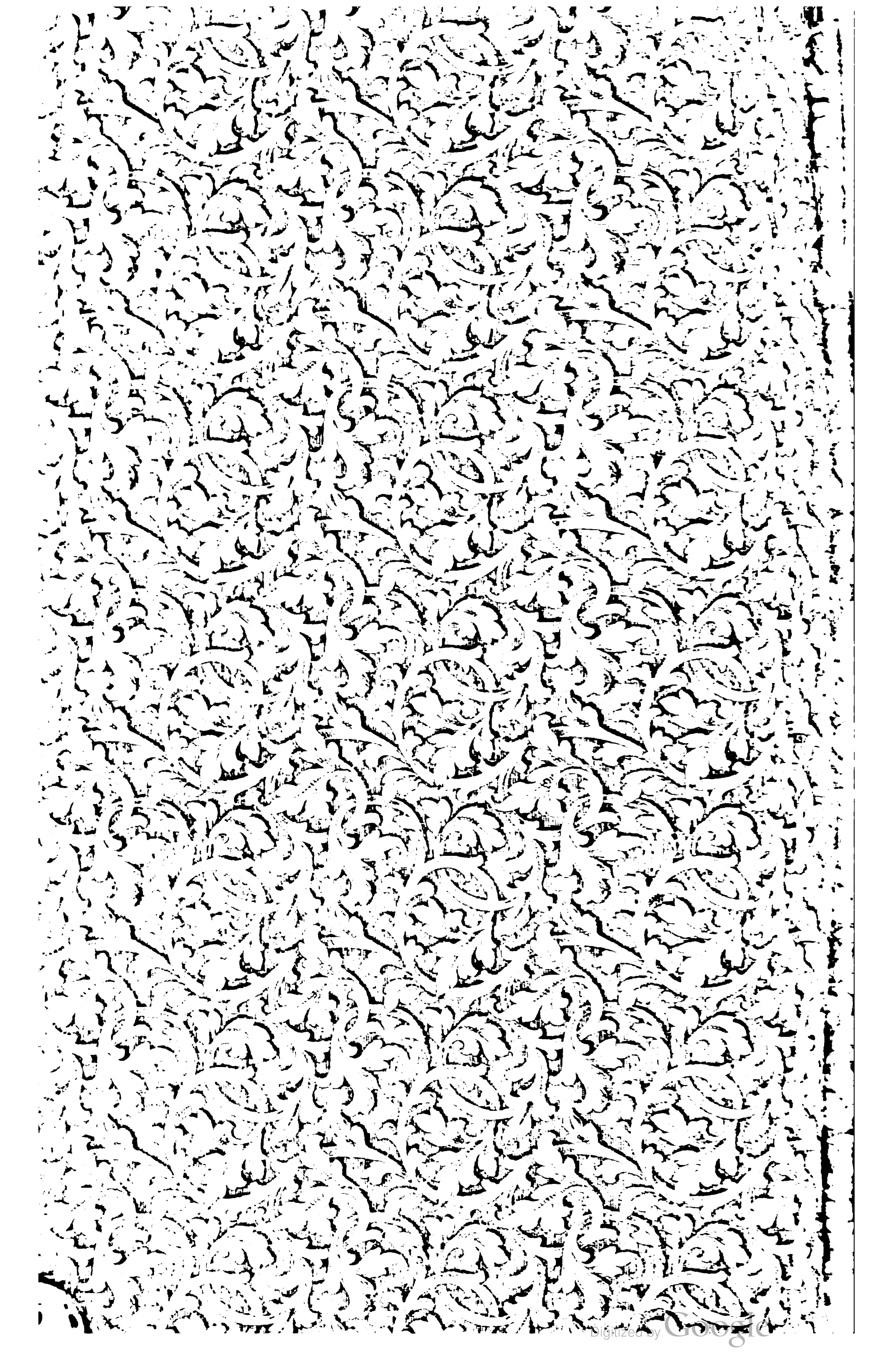
Obwohl die angefochtene Entscheidung hiernach auf der Verletzung einer Rechtsnorm beruht, so war die Revision doch nach § 526 C.P.O. zurückzuweisen, weil die Entscheidung selbst sich aus einem *anderen* Grunde als *richtig* darstellt.

Denn mit Unrecht hat das Berufungsgericht zu Gunsten des Klägers angenommen, daß die Voraussetzungen des § 819 C.P.O. für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung hier gegeben seien, weil es sich um den Streit zweier Patentinhaber, mithin um ein streitiges Rechtsverhältniß handle, bei welchem die Regelung des einstweiligen Zustandes, die Glaubhaftmachung der angeblichen Verletzung des klägerischen Patentrechts vorausgesetzt, zur Abwendung wesentlicher Nachtheile für den Kläger durchaus nöthig sei, da der Kläger denjenigen Schaden, welcher ihm durch die ungehinderte Fortdauer der Verletzung seines Patentrechts seitens des Beklagten verursacht werden würde, zu jedem einzelnen Verletzungsfalle nur sehr schwer würde substanziiren und geltend machen können.

Einstweilige Verfügungen sind gleich den Arresten nur als *Ausnahmen* von der Regel zulässig. Sie dürfen, wenn es sich um s. g. Provisorien handelt, nach § 819 C.P.O. nur angeordnet werden, sofern dies zur *Abwendung wesentlicher Nachtheile* oder aus anderen Gründen *nöthig* erscheint. Nun hat allerdings nach § 4 des Patentgesetzes der Patentinhaber das Recht, Jedem zu untersagen, den Gegenstand der Erfindung gewerbsmäßig herzustellen. Besteht aber zwischen dem Patentinhaber und dem Dritten ein *Streit* darüber, ob die von diesem hergestellten Gegenstände unter das Patent fallen, so kann dieser Streit nur durch richterliches *Urtheil* entschieden werden. In der Zwischenzeit bis zur Rechtskraft des richterlichen Urtheils ist zwar eine Beschädigung des klagenden Patentinhabers durch die fortgesetzte Herstellung der betreffenden Gegenstände seitens des Beklagten nicht ausgeschlossen, da es möglicher Weise für den Ersteren schwierig sein kann, den ihm hieraus erwachsenen Schaden nachträglich zu substanziiren. Nicht minder bedenklich gestaltet sich aber das Verhältniß in der Zwischenzeit für den Beklagten, wenn dieser durch eine einstweilige Verfügung gehindert wird, seinen Gewerbebetrieb mit der Herstellung der streitigen Gegenstände fortzusetzen, und dann später durch richterliches Urtheil festgestellt wird, daß der Kläger *nicht* berechtigt

war, ihm dieselbe zu untersagen, und es sich nun um die Entschädigung des Beklagten seitens des Klägers wegen der dem Ersteren erwachsenen Nachtheile handelt. Die Sache liegt bei einem Rechtsstreite wegen angeblicher Patentverletzung indessen nicht anders, als bei sonstigen Prozessen, in welchen es sich um den Genuß eines vom Kläger dem Beklagten bestrittenen Rechtes handelt. Der allgemeine Grundsatz, das ungeachtet der Möglichkeit eines dadurch dem Kläger entstehenden Nachtheils die Klage nicht schon die Zwangsvollstreckung rechtfertigt, muß daher auch für Prozesse wegen Patentverletzung Anwendung finden, und als ein wesentlicher Nachtheil, welcher dem klagenden Patentinhaber sonst entstehen würde und es nöthig machte, eine einstweilige Verfügung zu seinen Gunsten zu erlassen, kann es deshalb — wie das Berufungsgericht annimmt — nicht schon allgemein angesehen werden, daß der Beklagte, dessen Redlichkeit bei seiner Bestreitung einer Verletzung des klägerischen Patents vorausgesetzt werden darf, bis zum Urtheile in dem Genusse seines Geschäftsbetriebes verbleibt. Vielmehr muß es im Allgemeinen dem Patentinhaber überlassen bleiben, dem Beklagten förderſamst Beweise zu bringen, welche geeignet sind, denselben in bösen Glauben zu versetzen, und sich den Beweis seines Schadensanspruchs wegen des fortgesetzten Vertriebes der angeblich unter das Patent fallenden Gegenstände zu sichern. Besondere Gründe, welche gerade im vorliegenden Falle wesentliche Nachtheile für den Kläger befürchten ließen, oder andere Gründe, aus denen eine vorläufige Verfügung im konkreten Falle gerechtfertigt erschiene, sind aber vom Kläger nicht geltend gemacht und auch vom Berufungsgerichte (welchem hinsichtlich des Vorhandenseins der thatsächlichen Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung im einzelnen Falle allerdings freies Ermessen zustand), nicht als vorhanden angenommen. Da überdies der Anspruch des Patentinhabers auf Entschädigung nach § 34 des Patentgesetzes voraussetzt, daß der Dritte die Erfindung den §§ 4 und 5 zuwider wissentlich in Benutzung nimmt, im vorliegenden Falle aber hiervon nicht die Rede sein kann, da das Berufungsgericht nicht einmal objektiv eine Patentverletzung für glaubhaft gemacht erachtet hat, so erscheint hiernach die erfolgte Aufhebung der in erster Instanz erlassenen vorläufigen Verfügung als wohl begründet. Auch in dem diesseitigen Erkenntnisse in Sachen Sch. wider R. vom 18. Dezember 1886 ist bereits nach den obigen Grundsätzen entschieden.

Wilhelm Gronau's Buchdruckerei, Berlin W.


Digitized by Google

